Über den Verfall einer noch nicht freigewordenen Sicherheit im Strafprozesse.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Walther Seyfart,

Rechtsanwalt in Greiz.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1909.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545810_0088

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

A. Materieller Teil.

I. Die allgemeinen Voraussetzungen der Lehre vom Verfall einer Sicherheit (Theorie der Sicherheitsleistung).

1. Das Wesen der Sicherheitsleistung 4

§ 2. Ihr Grund, ihr Zweck und ihre Arten 4
§ 3. Ihre prozessuale Bedeutung 5
§ 4. Ihr Inhalt 8
§ 5. Ihr Inhalt (Fortsetzung) 11
§ 6. 2. Die Bestellung der Sicherheit 20

II. Der Verfall der Sicherheit.

§ 7. Die Voraussetzungen des Verfalls 25
§ 8. Der Verfall und seine Wirkungen 32

A. Prozessualer Teil.

§ 9. Das Verfahren im allgemeinen 35
§ 10. Das Verfahren in erster Instanz 38
§ 11. Das Verfahren in den Rechtsmittelinstanzen 41
§ 12. Der Inhalt der Entscheidungen und ihre Wirkungen 45

Literaturverzeichnis.

Abegg, Lehrbuch des gemeinen Kriminalprozesses. Königsberg 1833.
Bauer, Lehrbuch des Strafprozesses. Göttingen 1835.
Bennecke, Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozeßrechts. Breslau 1895.
Bennecke-Beling, Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozeßrechts. 2. Aufl. Breslau 1900.
Binding, Grundriß des deutschen Strafprozeßrechts. 5. Aufl. Leipzig 1904.
Birkmeyer, Deutsches Strafprozeßrecht. Berlin 1898.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen u. Leipzig 1900, 1902.
Drechsler, Zur Erläuterung der Art. 3 u. 4 der Grundrechte des deutschen Volkes. Im Gerichtssaal Bd. 1 S. 299 ff.
Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 6. Aufl. München 1904.
Gerichtssaal, Zeitschrift für volkstümliches Recht. Erlangen 1849 ff. Seit 1864 Zeitschrift für Strafrecht und Strafprozeß.
Geyer, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. Leipzig 1881.
Glaser, Handbuch des Strafprozesses. Bd. 1 u. 2. Leipzig 1883 u. 1886. Aus Binding, Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft IX, 4, 1 u. 2.
Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten. 2. Aufl. Erlangen 1796 ff.
Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Berlin 1879 ff.
Heinze, Die Sicherheitsbestellung im römischen Strafverfahren. Im Gerichtssaal Bd. 23 S. 136 ff.
Henke, Handbuch des Kriminalrechts und der Kriminalpolitik. Bd. 4. Berlin 1838.
Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts. Bd. 1 u. 2. Berlin 1877—1879.
Jagemann, Handbuch der gerichtlichen Untersuchungskunde. Frankfurt a. M. 1838.
John, Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. Bd. 1. Erlangen 1884.
Keller, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 2. Aufl. Lahr 1878.
v. Kries, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. Freiburg 1892.
Löwe, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 12. Aufl., bearbeitet von Hellweg. Berlin 1907.
Martin, Lehrbuch des teutschen gemeinen Kriminalprozesses. 3. Aufl. Heidelberg 1831.
Mittendorf, Verfällt die Kaution des Selbstmörders? Im Gerichtssaal Bd. 62 S. 197 ff.
Mittermaier, Das deutsche Strafverfahren. 2 Teile. 4. Aufl. Heidelberg 1845/46.
Müller, Lehrbuch des deutschen gemeinen Kriminalprozesses. Braunschweig 1837.
Netter, Aufsatz in der Deutschen Juristenzeitung 1902 Nr. 21 S. 507.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Aufl. Berlin 1907.
Planck, Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens. Göttingen 1857.
Puchelt, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. Leipzig 1881.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1904.

Seuffert, Verhaftung und verwandte Maßnahmen. In v. Stengels Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts Bd. 2. Freiburg 1890.
Sontag, Die Entlassung gegen Kaution im deutschen Strafverfahren. Heidelberg 1865.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2a (Kuhlenbeck). 2. Aufl. München und Berlin 1905.
v. Stengel, Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts. Freiburg 1890.
Stenglein, Kommentar zur Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 3. Aufl. München 1898.
Stenglein, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. Stuttgart 1887.
Stübel, Das Kriminalverfahren in den deutschen Gerichten. Leipzig 1811.
Schwarze, Über die Haftentlassung gegen Sicherheitsleistung. In den Neuen Jahrbüchern für sächsisches Strafrecht 1853 Bd. 8 S. 325 ff.
v. Schwarze, Kommentar zu der deutschen Strafprozeßordnung. Berlin 1878.
Thilo, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. Berlin 1878.
Tittmann, Handbuch der deutschen Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde. 2. Aufl. Halle 1824.
Ullmann, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. München 1893.
Voitus, Kommentar zu der Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. Berlin 1877.
Voitus, Verschonung des Angeschuldigten mit der Haft gegen Sicherheitsleistung. In Goltdammers Archiv Bd. 30 S. 225 ff.
Zachariae, Handbuch des deutschen Strafprozesses. Göttingen 1863 u. 1868.

Abkürzungen.

Planck, BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch 3. Aufl. Bd. 2.
Planck = Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens.
Stenglein, Komm. = Kommentar zur Strafprozeßordnung.
Stenglein, Lehrb. oder Stenglein=Lehrb. des deutschen Strafprozeßrechts.
Voitus = Kommentar zur Strafprozeßordnung.
Voitus, Verschonung = Verschonung des Angeschuldigten usw.
s. unten § = § der vorliegenden Arbeit.
§ ohne Zusatz = Strafprozeßordnung.

Einleitung.

§ 1.

Die Literatur des deutschen Strafprozesses enthält über den Verfall einer noch nicht freigewordenen Sicherheit eine Fülle von Kontroversen. Der Streit dreht sich nicht nur um kleine und kleinste Einzelfragen untergeordneter Art, sondern um eine ganze Reihe wichtiger Fragen von prinzipieller Bedeutung.

Die Hauptquelle, aus der die Fülle der hier in Frage stehenden Kontroversen stammt, ist unschwer zu entdecken. Sie liegt in der mangelhaften Redaktion der betreffenden gesetzgeberischen Vorschriften (§§ 117 ff., insbesondere aber §§ 121, 122), die der praktischen Forderung an jede Gesetzgebung, dem Richter für die Rechtsanwendung eine sichere Richtschnur zu geben, nicht entsprechen.

Die große Anzahl der Meinungsverschiedenheiten hat aber noch einen anderen Grund.

Bei näherer Betrachtung der Methode, mit der jene Einzelfragen in der Literatur, besonders von den Kommentaren, im allgemeinen behandelt zu werden pflegen, fällt es zunächst auf, daß die Beantwortung der betreffenden Fragen gegeben wird, ohne daß man sich um das Prinzip kümmert, aus dem heraus die ganze Lehre vom Verfall einer Sicherheit und damit auch die Lösung der Einzelfragen zu entwickeln ist.

So erklärt es sich auch, daß eine ganze Anzahl von Lösungen einzelner Fragen sich mit den Grundlehren des Verfalls nicht vereinbaren lassen, weil man deren Voraussetzungen außer acht gelassen hat.

Daß aber eine solche prinzipielle Behandlung der Materie nötig ist, nicht etwa nur um der äußeren „Systematik" willen, sondern aus jenen inneren Gründen, ergibt sich schon aus folgenden beiden Tatsachen:

1. Aus dem inneren Zusammenhange, in welchem die gesetzlichen Vorschriften über den Verfall einer noch nicht freige-

wordenen Sicherheit zu den Rechtssätzen über die Sicherheitsleistung selbst stehen.[1])

2. Aus dem Umstande, daß die Grundsätze über das Institut der Sicherheitsleistung zu denjenigen Elementen des Strafverfahrens gehören, welche dessen Charakter bestimmen.[2])[3])

Wir werden zunächst, um die Grundlage für die Lehre des Verfalls zu schaffen, die Theorie der Sicherheitsleistung zu entwickeln haben.

Selbstverständlich kann es aber nicht unsere Aufgabe sein, das Institut der Sicherheitsleistung[4]) im einzelnen historisch zu entwickeln und auf dieser breiten Grundlage die Lehre aufzubauen. Das muß einer monographischen Darstellung des gesamten Institutes überlassen werden. Wir werden vielmehr die geschichtliche Entwicklung und deren Ergebnisse, wie sie besonders in der älteren Literatur des Strafprozesses festgestellt sind, als eine gegebene Größe ansehen und sie nur insofern bei der Darstellung verwerten, als wir sie zur dogmatischen Begründung der Ansichten, die hier vertreten werden sollen, bedürfen.

Mit dieser Abgrenzung des Themas werden wir die Arbeit gliedern in einen materiellen und einen prozessualen Teil. In jenem werden wir zunächst die allgemeinen Voraussetzungen der Lehre vom Verfall einer Sicherheit (die Theorie der Sicherheitsleistung) entwickeln und dann den Verfall selbst darstellen, im zweiten Teile das bei dem Verfall einer Sicherheitsleistung einzuschlagende Verfahren zur Darstellung bringen.[5])

Der Schwerpunkt der Arbeit wurde in den allgemeinen, die Prinzipien der gesamten Materie enthaltenden Teil verlegt. Daher dessen verhältnismäßige Ausführlichkeit. Das Wesen der Aufgabe

---

[1]) vgl. für das geltende Recht die Anlehnung des § 122 an die vorhergehenden §§ 117ff., insbesondere an § 121.

[2]) Heinze S. 136 Abs. 2 Satz 1.

[3]) Wenn diese Ansicht trotz der Abhandlung von Heinze, die in erster Linie nur für den römischen Strafprozeß von Bedeutung ist, noch eines Beweises bedarf, so soll vorliegende Arbeit den bescheidenen Versuch eines solchen implizite enthalten.

[4]) Sicherheitsleistung in diesem Zusammenhange bedeutet immer nur die Sicherheitsleistung im Sinne der StPO. Hier mag auch gleich festgestellt werden, daß eine Ableitung allgemeiner Rechtssätze aus dem Begriffe der Sicherheitsleistung schlechthin, der beispielsweise auch die Sicherheitsleistung des bürgerlichen Rechts und der ZPO. umfaßt, für unsere Zwecke durchaus nicht in Frage kommen kann, weil die Sicherheitsleistung im Sinne der StPO. ein viel weiterer Begriff ist. Die Richtigkeit dieser Ansicht wird sich im weiteren Verlauf der Darstellung von selbst ergeben.

[5]) Es bedarf wohl kaum einer besonderen Betonung, daß diese Einteilung nur ganz äußerliche Bedeutung hat. Daß auch im ersten Teile prozessuale Lehren und umgekehrt im zweiten Darstellungen materiellen Rechts zu geben sind, liegt in der Natur der Sache.

wurde nicht darin gesucht, eine mosaikartige Darstellung sämtlicher Einzelfragen zu geben, bei der diese bis zu einem gewissen Grade eine gleichmäßig ausführliche Verarbeitung hätten erfahren müssen. Das soll den Kommentaren überlassen bleiben. Vielmehr wurde der Versuch gemacht, aus der konsequenten Durchführung eines allgemeinen Prinzips auch den Einzelfragen gerecht zu werden. Von diesem Standpunkte aus durfte Fragen untergeordneter Art nur ein sehr knapper Raum gestattet werden.

Die Gliederung des Stoffes im einzelnen hofft durch die Darstellung selbst ihre Rechtfertigung zu finden.

A. Materieller Teil.

I. Die allgemeinen Voraussetzungen der Lehre vom Verfall einer Sicherheit. (Die Theorie der Sicherheitsleistung.)

1. Das Wesen der Sicherheitsleistung.

§ 2.

Ihr Grund, ihr Zweck und ihre Arten.

I. Jede Verhaftung enthält für den Angeschuldigten und dessen Familie eine Fülle persönlicher Härten und schwerer Nachteile, von wirtschaftlichen Einbußen ganz zu schweigen.

Diese Härten zu mildern, wenn der Zweck der Verhaftung, sich die Person des Beschuldigten zu sichern, mit anderen Mitteln erreicht werden kann, muß die Aufgabe jeder gesunden Rechtspolitik sein.

In solchen Erwägungen, die persönliche Freiheit des Beschuldigten zu begünstigen, ist der innere Grund für die Existenz des Instituts der Sicherheitsleistung zu suchen. Dazu kommt weiter als äußerer Grund, wodurch zu jenem inneren Motiv der Existenzberechtigung des Instituts noch die Ursache der praktischen Verwirklichung desselben hinzutritt, die Vermutung, daß durch die von den gesetzlichen Mitteln der Sicherheitsleistung gewährleisteten Garantien der Fluchtverdacht erheblich abgeschwächt wird.[1])

II. Ihren Zweck teilt die Sicherheitsleistung mit der Haft, die wegen Fluchtverdachts angeordnet wird. Sie dient dazu, sich der Person des Beschuldigten für die Durchführung des Strafverfahrens zu versichern. Wie der Beschuldigte durch Entziehung der persönlichen Freiheit jederzeit den Untersuchungszwecken des Strafverfahrens bereitgehalten wird, so soll er durch Leistung von Sicherheit bei Vermeidung ihres Verfalls verpflichtet ja genötigt

[1]) Im Ergebnis ebenso Holtzendorff § 21 S. 36 Abs. 1 u. 2 Satz 1.

werden, jeder Zeit vor dem Richter zu erscheinen. Die Sicherheitsleistung kann deshalb nie zur Anwendung kommen, wenn es sich im Prozesse darum handelt, neben den Sicherungsmaßregeln gegen die Person des Beschuldigten noch Sicherungsmaßregeln zur Erhaltung des Tatbestandes zu treffen, also nie eintreten, sobald Kollusionsverdacht den Grund der Verhaftung bildet, sei es allein oder in Konkurrenz mit Fluchtverdacht.[1])

III. Die Sicherheitsleistungen pflegt man in der Regel einzuteilen nach denjenigen Mitteln, welche als genügende Garantien angesehen werden, den von der Kaution erwarteten Erfolg herbeizuführen. Hiernach unterscheidet unser heutiges Recht[2]) folgende Arten von Sicherheiten:

a) die Sicherheitsleistung durch Hinterlegung in barem Gelde oder in Wertpapieren;
b) die Sicherheitsleistung durch Pfandbestellung und
c) die Sicherheitsleistung mittels Bürgschaft geeigneter Personen.[3])

Die Arten der Sicherheitsleistung bereits an dieser Stelle im einzelnen darzustellen, wäre Aufgabe einer Arbeit über die Sicherheitsleistung. Für unsere Zwecke genügt es, insofern sich aus dem inneren Charakter der Sicherheitsleistung im allgemeinen — der erst zu entwickeln ist (vgl. unten § 5) — und deren rechtlichen Wirkungen Beziehungen ergeben für ihre einzelnen Arten, auch deren Charakter, Wirkungen und die daraus entstehenden rechtlichen Beziehungen später zusammenhängend darzustellen.

§ 3.

Ihre prozessuale Bedeutung.

I. Die prozessuale Natur der Sicherheitsleistung und ihre Stellung im System charakterisiert sich, je nachdem (in der Theorie und in der Gesetzgebung) mehr dem Grunde der Sicherheitsleistung, die persönliche Freiheit des Beschuldigten zu begünstigen und den Fluchtverdacht abzuschwächen, oder mehr ihrem Zwecke, den sie

---

[1]) Hierüber sind sich wohl alle Gesetzgebungen und Schriftsteller einig. Vgl. für das geltende Recht § 117.

[2]) § 118.

[3]) Die früher zulässigen Mittel des Ehrenwortes, Eides, Handgelöbnisses usw. sind von unserem Rechte ausgeschlossen. Über diese Mittel im früheren deutschen Rechte vgl. Jagemann Bd. 1 § 258 S. 284; Planck § 96 S. 260; Zachariae Bd. 2 § 94 S. 161; Stübel Bd. 4 S. 13ff.; Binding § 72 S. 131 Ziff. 6. Über diese Mittel in Frankreich und Österreich vgl. Holtzendorff Bd. 1 § 21 S. 366 N. 1.

mit dem der Haft wegen Fluchtverdachts teilt, sich der Person des Beschuldigten zu sichern, Bedeutung beigemessen wird.

II. Die einen, die mehr den Zweck der Sicherheitsleistung betonen und auf die Gemeinschaftlichkeit dieses Zweckes mit dem der Haft hinweisen, leiten hieraus den generellen Begriff eines Mittels, sich der Person des Beschuldigten zu sichern, ab und bezeichnen ihn als „Kaution". Diesen allgemeinen Begriff, an dessen Stelle hier und da auch der Ausdruck „Sicherungsmittel" oder „Zwangsmittel" u. dgl. vorkommt, spezialisieren sie dann in verschiedener Weise, kommen aber immer zu dem gleichen Resultat, so daß sie die beiden Begriffe Haft und Sicherheitsleistung koordinieren und für beide den generellen Begriff Kaution (Sicherungsmittel, Zwangsmittel) aufstellen. So teilt schon Glück in seinem Pandektenkommentar[1]) die Kautionen ein in Verbal- und Realkautionen und zählt zu letzteren die Haft. Stübel unterscheidet psychologische Kautionen, die „durch Vorstellungen auf den Willen wirken", und mechanische oder physische, bei denen es bloß „auf die Überwindung der körperlichen Kräfte abgesehen ist".[2]) Ähnliche Einteilungen finden sich bei anderen Schriftstellern.[3])[4])

Nach dieser Ansicht ist die Sicherheitsleistung aufzufassen als ein neben der Haft stehendes selbständiges Zwangsmittel, sich der Person des Beschuldigten zu versichern. Der Richter hat die Wahl, welches der beiden Mittel er zur Anwendung bringen will.

Ich werde diese Auffassung der Sicherheitsleistung die Zwangsmitteltheorie nennen.[5])

III. Die andere Richtung in der Literatur, die für die Charakteristik der Sicherheitsleistung den Grund ihrer Existenz, die Unverletzlichkeit der persönlichen Freiheit zu begünstigen, ausschlaggebend sein läßt, weist dem Institut keine selbständige Stellung gegenüber der Haft an, sondern kennzeichnet es als eine Substitution[6]) an Stelle der Haft, als ein Surrogat der Haft, und

---

[1]) Glück Bd. 3 § 243 S. 429—431.

[2]) Stübel Bd. 4 S. 43 § 1744.

[3]) Bauer S. 112 f. §§ 74, 75; Tittmann Bd. 3 S. 184, 695; Martin S. 298 ff. §§ 122 u. 123.

[4]) Sontag ist im Irrtum, wenn er S. 124 annimmt, daß die systematische Behandlung bei Bauer eine andere sei als bei Glück, Stübel und Martin. Er verkennt, daß bei diesen der Begriff „Kaution" soviel bedeutet wie „Sicherungszwangsmittel" (s. oben im Text), während jener unter Kaution die Sicherheitsleistung i. e. S. versteht.

[5]) Natürlich handelt es sich an dieser Stelle — im Zusammenhange der prozessualen Bedeutung, also ihrer formellen äußeren Stellung im Rechtssystem — nur um die äußere Seite der Theorie. Über ihre innere Bedeutung vgl. unten § 4.

[6]) Drechsler S. 312 Abs. 2.

zwar entweder ausdrücklich[1]) oder doch wenigstens dem Sinne nach.[2])

Am schärfsten kommt diese Ansicht zum Ausdruck bei den Franzosen Hélie und Picot, welche die Sicherheitsleistung nicht als ein selbständiges Mittel zur Stellung des Beschuldigten, sondern als ein Mittel gegen die Haft auffassen.[3]) Ihnen schließt sich Sontag an, wenn er das Institut als ein „Haftausschließungsmittel" bezeichnet.[4]) Diese Theorie werde ich die Substitutionstheorie nennen.[5])

Nach dem bisher Gesagten könnte es scheinen, als verzichte die Substitutionstheorie völlig auf den Charakter der Sicherheitsleistung als Zwangsmittel. Diese Ansicht wäre durchaus verfehlt. Denn sie nähme dem Institut einen Teil seiner prozessualen Bedeutung. Die Substitutionstheorie läßt den Zweck der Kaution keineswegs aus dem Auge und nimmt deshalb ihre Zwangsmitteleigenschaft auch in Anspruch, aber sie legt, wie gesagt, die Betonung nicht auf den Zweck, sondern auf den Grund des Instituts, die persönliche Freiheit zu begünstigen. Diese Auffassung bringen wohl diejenigen Schriftsteller am deutlichsten zum Ausdruck, welche die Sicherheitsleistung im System zwar äußerlich als eine selbständige Sicherungsmaßregel gegen die Person des Beschuldigten bezeichnen, sie aber im Verlaufe der Darstellung entweder ausdrücklich[6]) oder wenigstens dem Sinne nach[7]) als Haftausschließungsmittel charakterisieren. Die Substitutionstheorie in dem soeben gekennzeichneten Sinne soll hier vertreten werden.

IV. Das geltende deutsche Prozeßrecht schließt sich dem Substitutionsprinzip an. Es bestimmt nämlich,[8]) daß ein Angeschuldigter, dessen Verhaftung lediglich wegen des Verdachts der Flucht angeordnet ist, gegen Sicherheitsleistung mit der Untersuchungshaft verschont werden kann.

Mit dieser Vorschrift, insbesondere durch Anwendung des Wortes „verschonen", bringt das Gesetz zum Ausdruck, daß es die

---

[1]) Abegg § 80 S. 119; Henke § 98 S. 630; Drechsler S. 314; Sontag S. 124/25; Ullmann § 77 S. 307 II; John § 117 S. 859.

[2]) Müller § 139 S. 300/01; Mittermaier Bd. 1 § 76 S. 474; Schwarze, Haftentlassung § 1 S. 225.

[3]) Sontag S. 124.

[4]) Sontag S. 124.

[5]) Das in N. 5 S. 6 über die Zwangsmitteltheorie Gesagte gilt auch für die Substitutionstheorie.

[6]) Zachariae Bd. 2 S. XIV §§ 87—94 u. § 94 S. 155; Binding S. 122 u. 129 (die übrigen Mittel zur Sistierung des Beschuldigten: 1. die Verhaftung, 2. die Haftentlassung gegen Sicherheitsleistung) u. § 72 S. 130 Abs. 1.

[7]) Holtzendorff Bd. 1 S. VII u. 365 § 21 und v. Kries S. IX u. X §§ 41 ff. u. S. 323 § 45 Abs. 1; vgl. auch Planck §§ 96, 97 S. 259 ff.

[8]) § 117.

Haft als ein Übel ansieht und von diesem Befreiung gewähren will, wenn zwar die eine Voraussetzung der Verhaftung, der Tatverdacht, noch besteht, aber eine andere mögliche Voraussetzung, der Kollusionsverdacht, überhaupt nicht existiert und endlich die dritte Voraussetzung, der Fluchtverdacht, durch die gesetzlich zulässigen Mittel der Sicherheitsleistung zwar nicht beseitigt, aber wesentlich abgeschwächt werden kann. Diese Ansicht über den Standpunkt des geltenden Rechts findet noch darin ihre Bestärkung, daß es die Vorschriften über die Sicherheitsleistung nicht selbständig neben die Bestimmungen über die Verhaftung stellt, sondern als eine Unterabteilung in diese Bestimmungen einfügt.[1])

§ 4.

Ihr Inhalt.

I. Wir sahen bereits den Zweck der Sicherheitsleistung, sich der Person des Angeschuldigten zu versichern. Ist der Anspruch des Staates auf „Gestellung" des Beschuldigten der Rechtsgrund für die Verbindlichkeit des Sicherheitsbestellers, unter gewissen Bedingungen den durch die Kaution repräsentierten Vermögenswert zu verlieren? Oder ist dem Verfall der Sicherheit ein anderer Rechtsgrund unterzulegen?

II. Die Antwort auf diese Fragen bleiben die Anhänger der Zwangsmitteltheorie meist schuldig,[2]) den Kern derselben, die Frage nach dem inneren Wesen der Sicherheitsleistung, berühren sie überhaupt nicht. Das hat seinen guten Grund. Ihre Theorie, die in der Sicherheitsleistung ein Zwangsmittel sieht, sich die Person des Beschuldigten zu sichern, kann die Wirkungen des Instituts nur ableiten aus diesem inquisitorischen Prinzip. Ihnen haftet die zur Sicherheit bestellte Geldsumme oder Hypothek oder Bürgschaft für den Anspruch des Staates, die Durchführung des Strafverfahrens zu sichern, und für dessen Erfüllung. Sie tun damit den hergebrachten Regeln des Zivilrechtes über die rechtliche Natur des Pfandes, der Hypothek und der Bürgschaft Zwang an, weil in ihrem System des Strafprozesses eine zivilrechtliche Konstruktion des Instituts der Sicherheitsleistung, die sich mit den zivilrechtlichen Anschauungen jener Sicherungsmittel vertrüge, keinen Platz hat. Wollten sie jene Sicherungsmittel nicht dem Anspruch des

[1]) vgl. das Verhältnis der Abschn. 8 u. 9 der allgem. Bestimmungen des 1. Buches der StPO.

[2]) vgl. aber Stübel Bd. 4 S. 16 § 1694 Satz 1 u. S. 21 § 1703, der zu dem Charakter der „Kaution durch Bürgen" Stellung nimmt, ohne jedoch dem inneren Wesen der „Kaution" gerecht zu werden.

Staates auf Stellung verhaftet sein lassen, sondern einem Anspruch vermögensrechtlicher, mindestens aber zivilrechtlicher Natur, so brauchten sie für diese Konstruktion zwei Paziszenten, deren Wille eine zivilrechtliche Grundlage schüfe. Eine solche Anschauung verträgt sich aber nicht mit den Grundsätzen eines Prozesses, der in dem Beschuldigten nicht ein dem Staate gleichgeordnetes Subjekt, eine Partei, erblickt, sondern nur ein Objekt zur Untersuchung.[1]) So muß die Frage, wieso ein Pfand oder eine Hypothek oder eine Bürgschaft, ganz entgegen den Regeln des Zivilrechts, für einen „Anspruch auf Gestellung" haften könne, ihre Erklärung finden in der inquisitorischen Natur des Strafprozesses, der seinen Mitteln ihre Wirkungen beilegt nicht unter Bezugnahme auf das übrige Rechtssystem, sondern im Gegensatz zu diesem, allein mit Rücksicht auf die von ihm verfolgten prozessualen Zwecke.[2])

Aber auch die Schriftsteller der Substitutionstheorie geben über den inneren Charakter der Sicherheitsleistung nur wenig Auskunft. Entweder begnügen sie sich damit, das durch die Sicherheitsleistung begründete Rechtsverhältnis ausdrücklich oder dem Sinne nach als ein zivilrechtliches Verhältnis[3]) zu bezeichnen, oder sie bezeichnen es ausdrücklich als einen Vertrag schlechthin,[4]) oder geben diesem Vertrage sogar eine spezielle Benennung,[5]) ohne jedoch das Ergebnis der betreffenden rechtlichen Konstruktion zu entwickeln und dadurch die präsumierte Richtigkeit ihrer Ansicht theoretisch zu begründen.

III. Wir wollen nunmehr versuchen, aus einer konsequenten Durchführung der Substitutionstheorie das Wesen der Sicherheitsleistung abzuleiten, und zwar zunächst im allgemeinen, dann auch im besonderen.

Die Substitutionstheorie bezeichnet, wie wir bereits sahen, die Sicherheitsleistung als ein Mittel zur Abwendung der Haft. Sie setzt dem Anspruch des Staates, sich der Person des Beschuldigten zu versichern, einen anderen Anspruch entgegen, nämlich

---

[1]) Planck § 60 S. 148 Abs. 2.

[2]) Ich vermag das Schweigen der Anhänger der Zwangsmitteltheorie über diese prinzipielle Frage nicht anders zu erklären als aus den im Text dargelegten Gründen. Ich habe in der Literatur weder eine andere Erklärung noch eine Bestätigung der meinigen gefunden. Wenn ich ihr trotzdem durch verhältnismäßige Ausführlichkeit eine gewisse Bedeutung gebe, so geschieht das zu dem Zwecke, um den Kontrast des inneren Charakters der Sicherheitsleistung in der neueren Theorie schärfer herauszuarbeiten.

[3]) Schwarze, Haftentlassung S. 230 Abs. 2.

[4]) Sontag S. 188; vgl. auch Seuffert S. 684 Ziff. 4 u. 5; Ullmann § 77 S. 307 II Abs. 3.

[5]) Binding § 72 S. 130 Abs. 1 in Anlehnung an die Umschreibung des Begriffes bei Planck § 96 S. 260.

den des Staatsbürgers, in seiner persönlichen Freiheit unverletzt zu sein. Diese Unverletzlichkeit der persönlichen Freiheit bedeutet für sie ein selbständiges Rechtsgut, nicht als Ergebnis einer abstrakten Idee, sondern als Inhalt einer materiellen Norm des staatlichen Verfassungsrechtes.[1]) Aus dieser Selbständigkeit wächst eine Gleichberechtigung heraus, die nur insofern eine Einschränkung erleiden darf, als ihr nicht höhere Interessen des allgemeinen Staatszweckes entgegenstehen. Daher darf die persönliche Freiheit nur dann verletzt werden, wenn es das gegenüberstehende Interesse der Allgemeinheit dringend erheischt und die der Erfüllung dieser Interessen dienenden Zwecke des Staates in keiner anderen Weise verwirklicht werden können.[2]) Von diesen Grundsätzen ist es nur ein kleiner Schritt zu der Ansicht, daß ein etwaiger Streit darüber, welches Recht vorgehen solle, das des Staates oder das des Staatsbürgers, durch Vertrag der beiden Beteiligten geregelt werden kann,[3]) und daß mit der Sicherheitsleistung ein solcher Vertrag entsteht.

Man könnte mir nun zwar die Richtigkeit dieser Ansicht, insofern sie aus staatsrechtlichen Grundsätzen hergeleitet wird, zugeben, aber dagegen einwenden, daß sie sich mit den Prinzipien des Strafrechts, insbesondere auch der geltenden Strafprozeßordnung, nicht in Einklang bringen lasse. Denn wenn zwar der moderne Strafprozeß als Akkusationsprozeß im allgemeinen den Beschuldigten als selbständige Partei dem Staate gegenüber anerkenne, so sei dieser Prozeß doch nur der Form nach, nicht aber im Prinzip ein Akkusationsprozeß und ganz besonders, was die Verhaftung anbelange, der Untersuchungsmaxime unterworfen.[4]) Diesem Einwand wäre mit zwei Worten zu begegnen. Insofern der geltende Strafprozeß in einzelnen Beziehungen noch durch das Inquisitionsprinzip beherrscht wird, erleidet dieses Prinzip seinerseits wieder einige Durchbrechungen.[5]) Als eine solche Durchbrechung des Prinzips werden von der hier vertretenen Ansicht auch die Vorschriften über die Sicherheitsleistung in Anspruch genommen.

---

[1]) Diese Forderung von Drechsler S. 306, daß dieser Grundsatz von der Prozeßgesetzgebung materiell und formell garantiert werde, ist durch die Vorschriften der StPO. über die Verhaftung erfüllt.

[2]) Sontag S. 129.

[3]) Selbstverständlich nur, wenn sich diese Möglichkeit mit dem Gesetz vereinbaren läßt, und das ist m. E., wie ich durch die späteren Ausführungen noch zu beweisen hoffe, hier der Fall.

[4]) vgl. auch Birkmeyer § 27 S. 135 ff. u. § 29, insbesondere S. 146 ff.

[5]) z. B. §§ 160, 161 Abs. 2, 163, 164, 167.

§ 5.

Ihr Inhalt (Fortsetzung).

I. Was ist nun der besondere Inhalt des mit der Sicherheitsleistung entstehenden Vertrages?

Wir sahen bereits, daß der Beschuldigte durch die Sicherheitsleistung gezwungen werden soll, bei Vermeidung ihres Verfalls sich zu stellen, und daß die Bestellung dieser Sicherheit in verschiedenen Formen (Hinterlegung, Pfandbestellung, Bürgschaft) erfolgen kann. Hieraus ergibt sich, daß die durch die bestellte Sicherheit repräsentierten Vermögenswerte unter bestimmten Bedingungen dem Vermögen des Staates zufallen sollen. Bevor es aber gewiß ist, ob die den Verfall herbeiführenden Bedingungen eintreten werden, erhält der Staat an der Sicherheit gewisse Rechte eingeräumt, um ihm die aus dem Verfall zustehende Berechtigung zu garantieren. Welcher Natur sind nun jene Sicherungsrechte? Für welche Verbindlichkeit bezw. für welchen Anspruch haften sie? Welcher Natur ist dieser Anspruch?

Zunächst bedarf es nach dem Gesagten wohl kaum noch besonderer Betonung, daß für die Beantwortung jener Fragen nicht in Betracht kommen kann die Auffassung der Zwangsmitteltheorie.

II. Wenn es richtig ist, daß mit der Sicherheitsleistung ein Vertrag entsteht und ihren Sicherungsmitteln eine selbständige Hauptverbindlichkeit zugrunde liegen muß, die mit der rechtlichen Natur jener Sicherungsmittel im Einklang steht, so ist der einzige Weg, um zu diesem Ziele zu gelangen, der, den bereits Planck[1]) betreten und Binding[2]) gegangen, nämlich der Sicherheitsbestellung zugrunde zu legen eine obligatorische, und zwar eine vermögensrechtliche Verpflichtung, die Stipulation einer Konventionalstrafe.

Der Beschuldigte als der eine Vertragsbeteiligte verspricht dem Richter als dem Vertreter[3]) des Staates, des anderen Vertragsbeteiligten, für den Fall, daß er seine gesetzliche Verpflichtung, sich zu stellen, nicht erfüllt, dem Staate eine bestimmte Geldsumme schuldig sein zu wollen. Das wäre in großen Zügen der Inhalt der der Sicherheitsbestellung zugrunde liegenden Konventionalstrafe.

III. Man könnte hiergegen einwenden, daß die Verpflichtung des Beschuldigten, sich zu stellen, nicht eine solche „Verbindlich-

[1]) Planck § 94 S. 260.
[2]) Binding § 72 S. 130.
[3]) Seuffert S. 684 Ziff. 4.

keit“[1]) sei, die durch Vertragsstrafe garantiert werden solle. Das Institut der Konventionalstrafe sei ein zivilrechtliches. Deshalb müsse die ihr zugrunde liegende Hauptverbindlichkeit eine zivilrechtliche sein und entweder auf einem Vertrage beruhen oder auf einem Rechtssatze zivilrechtlicher Natur. Ein Vertrag komme im vorliegenden Falle nicht in Betracht. Denn die Verpflichtung zur Stellung des Beschuldigten beruhe auf einem zwingenden Rechtssatze des öffentlichen Rechts, der durch zivilrechtliche Abmachungen nicht berührt werden könne. Eine auf einem Privatrechtssatze beruhende Verbindlichkeit käme nach dem Gesagten aber auch nicht in Frage. Selbst wenn man aber annähme, daß die Hauptverbindlichkeit auf einer öffentlichrechtlichen Bestimmung beruhen könne, so müsse der der Hauptverbindlichkeit gegenüberstehende aktive Anspruch seinen Grund haben in einem materiellen Rechtssatze und nicht, wie im vorliegenden Falle, in einer Vorschrift der Strafprozeßordnung, des formellen Rechtes.

Demgegenüber wäre zunächst darauf hinzuweisen, daß die Lehre von der Konventionalstrafe keinen Unterschied macht, welchen Ursprungs die betreffende Hauptverbindlichkeit ist.[2])

Ist aber die Ansicht in dieser Allgemeinheit richtig, so genügt es, wenn die Hauptverbindlichkeit auf einem Gesetz beruht. Welcher Art dieses Gesetz ist, ob zivilrechtlicher oder öffentlichrechtlicher, materieller oder formeller Natur,[3]) muß dann irrelevant sein.

Dazu kommt noch, daß die Frage nach dem Ursprung der der Konventionalstrafe zugrunde liegenden Hauptverbindlichkeit der Lehre über den *allgemeinen* Teil der Schuldverhältnisse angehört, nach dieser aber der Anwendung der allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechtes auch auf Schuldverhältnisse aus öffentlichrechtlichen Verhältnissen, soweit nicht anders bestimmt ist, nichts im Wege steht.[4])

[1]) vgl. für das geltende Recht § 339 BGB.

[2]) *Crome* Bd. 2 § 178 S. 210 Anm. 1; *Schollmeyer* § 339 S. 242 Anm. 1.

[3]) Übrigens ist der Anspruch auf Stellung des Beschuldigten — um hier gleich den Einwand abzutun, dieser Anspruch beruhe nicht auf einem materiellen Rechtssatze — *materieller* Natur. Denn die Vorschriften der StPO. über die Verhaftung haben nicht nur formellen, sondern auch materiellen Charakter. Die Vorschriften, die bestimmen, unter welchen Voraussetzungen die Verhaftung einer Person zulässig ist (§§ 112, 113), sind materieller Natur. Nur wenn sie vorhanden sind, hat der Staat einen Anspruch auf Verhaftung. Hiergegen sind die Vorschriften des Gesetzes, die lediglich bestimmen, in welcher Weise die Verhaftung zu geschehen hat (§ 114), formelles Recht. Während also lediglich diese Vorschriften der *prozessualen* Durchführung des Anspruchs auf Verhaftung dienen, stützt sich dieser selbst auf jene materiellen Voraussetzungen.

[4]) vgl. hierzu *Fischer-Henle*, Vorbem. zum 2. Buche des BGB. (S. 130). Leider muß ich mich in dieser wichtigen Frage mit diesem einzigen Zitat begnügen.

Da eine Begründung dieser Ansicht aus so allgemeinen Theoremen über den Rahmen dieser Arbeit hinausginge, soll zur Rechtfertigung der hier vertretenen Ansicht ein praktisches Beispiel dienen.

Das Gesetz über das Auswanderungswesen v. 9. 6. 1897 macht die Erlaubniserteilung für den Geschäftsbetrieb der Auswanderungsunternehmer und Agenten in §§ 5 u. 14 abhängig von einer Sicherheitsleistung.[1])

Diese Sicherheitsleistung haftet nach § 20 des zitierten Gesetzes nicht nur für etwaige aus dem Geschäftsbetrieb entstehende Ansprüche der Behörden und der Auswanderer, sondern auch für Geldstrafen und Kosten. Daß mit dieser Sicherheitsleistung, die durch Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren zu bewirken ist, zwischen den Beteiligten ein Zivilrechtsverhältnis entsteht, wird niemand leugnen wollen. Will nun jemand behaupten, daß dieses Zivilrechtsverhältnis zwischen Staat und Unternehmer bezw. Agenten, soweit es sich um die Sicherheit von Ansprüchen auf Geldstrafen oder Gerichtskosten handelt, mit den Grundsätzen des Privatrechts nicht zu vereinbaren sei, weil dieses im allgemeinen nur zur Sicherung privatrechtlicher Forderungen, mögen sie nun auf Vertrag oder Gesetz beruhen, dienen können, daß deshalb eine Konstruktion dieser Sicherheitsleistung des Auswanderungsgesetzes als ein Zivilrechtsverhältnis, mag man es als solches konstruieren, wie man will, ausgeschlossen sei? Aber genau so wenig, wie man diese Meinung ernstlich vertreten wird, wird man die zivilrechtliche Natur der erwähnten Sicherheit lediglich aus privatrechtlichen Grundsätzen ableiten wollen, sondern in erster Linie aus der diesbezüglichen Spezialvorschrift, also aus einer Vorschrift des öffentlichen Rechts.

Wie hier das öffentliche Recht zur Erreichung öffentlicher Interessen mit einem ausdrücklichen Gebot sich das Privatrecht dienstbar macht und durch Schaffung eines neuen Rechtsverhältnisses das Rechtssystem ergänzt, so sind auch die Vorschriften der Strafprozeßordnung über die Sicherheitsleistung, obwohl sie keine ausdrückliche Bestimmung nach dieser Richtung enthalten, ihrem Zwecke und ihrem Sinne nach von derselben Tendenz beseelt.

Ich konnte in der Literatur über die allgemeinen Schuldverhältnisse, von der Anwendung der Frage auf die Sicherheitsleistung ganz abgesehen, auch nicht eine Stelle ausfindig machen, in der man sich mit dem hier in Frage stehenden Prinzip auseinandergesetzt hätte.

[1]) vgl. auch die Bekanntm. des Bundesrates betr. Bestimmungen über den Geschäftsbetrieb der Auswanderungsunternehmer und Agenten v. 14. 3. 1898 §§ 26 ff., insbesondere §§ 28 u. 29.

Man könnte hier einwenden, daß es sich bei der Sicherheitsleistung im Auswanderergesetze um die Sicherung vermögensrechtlicher Ansprüche handele, insofern also die Beziehung zum Zivilrecht viel enger sei als bei der Sicherheitsleistung im Strafprozesse, die mit der Konventionalstrafe einen Anspruch auf eine nicht vermögensrechtliche Leistung sichern wolle.

Ein sehr äußerlicher Einwand! Der Anspruch auf eine öffentlichrechtliche Geldstrafe ist, äußerlich betrachtet, ein vermögensrechtlicher, aber freilich nur äußerlich. Seinem inneren Wesen nach hat er mit der Natur des vermögensrechtlichen Anspruchs im Sinne des Zivilrechts nichts zu tun. Er beruht auf dem Strafrecht und ist deshalb öffentlichrechtlichen Charakters. So gut aber das öffentliche Recht bestimmt, daß das Pfandrecht dienen soll zur Sicherung eines öffentlichen Anspruchs, der, äußerlich betrachtet, vermögensrechtliche Strukturen zeigt, kann es auch gebieten, daß die Konventionalstrafe einen öffentlichrechtlichen Anspruch sichern soll, der diese äußere Struktur nicht hat, zumal wenn man sich daran erinnert, daß schon nach den Grundsätzen des Zivilrechts die durch die Konventionalstrafe gesicherte Hauptverbindlichkeit keine vermögensrechtliche Leistung zu sein braucht.[1])

Hiermit ist m. E. der Beweis erbracht, daß als *Hauptanspruch*, der durch die mit der Sicherheitsleistung versprochene *Konventionalstrafe* gesichert werden soll, anzusehen ist der öffentlichrechtliche Anspruch des Staates auf Stellung des Beschuldigten, und daß der Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht prinzipielle Bedenken der *allgemeinen* Rechtslehre — andere nur aus dem Gebiete des Zivilrechts hergeholte Einwände können nach meinen Ausführungen nicht in Betracht kommen — nicht entgegenstehen. Daß ich mit meiner Ansicht allein stehe und zu ihrer Begründung, von dem von mir gewählten Beispiel abgesehen, aus der Literatur nicht einen einzigen Beleg anzuführen vermag, erklärt sich sehr einfach.

Einerseits ist das *innere Wesen* der Sicherheitsleistung von der Literatur des Strafprozesses entweder überhaupt nicht behandelt worden oder, wenn schon, nur in der Form einer wissenschaftlichen These, aber ohne theoretische Begründung.[2])

Andererseits ist die Literatur über die juristische Prinzipien-

[1]) *Crome* Bd. 2 § 178 S. 210 Anm. 1.

[2]) Auch *Sontag* betont viel zu stark die äußere (prozessuale) Bedeutung der Sicherheitsleistung und kommt bei der Darstellung ihres inneren Wesens, obwohl er ausdrücklich anerkennt (S. 188), daß mit der Sicherheitsleistung ein Vertrag entsteht, über allgemeine Thesen nicht hinaus.

lehre, insbesondere auch die enzyklopädische Lehre über die Grenzgebiete des Zivilrechts und des öffentlichen Rechts, soviel ich sehe, nirgends der Lösung der hier zur Erörterung stehenden Frage oder eines verwandten Rechtsverhältnisses näher getreten. Nur einer tiefen Durchdringung und Durcharbeitung dieser allgemeinen Materie kann es m. E. gelingen, die Frage einwandfrei zu beantworten und zu begründen. Wenn auf Grund solcher eingehender Erörterungen meine Ansicht fallen müßte, dann bliebe nur die Konstruktion von Planck und Binding übrig, um die Auffassung, daß mit der Sicherheitsleistung eine Konventionalstrafe entsteht, zu begründen. Da mich die Konstruktion jener Schriftsteller und deren Begründung nicht überzeugen kann, werden ihr noch einige Worte zu widmen sein.

Planck und Binding gehen nicht so weit, die Konventionalstrafe für den unmittelbar auf dem öffentlichen Recht beruhenden Anspruch des Staates auf Stellung haften zu lassen. Sie schieben in ihrer Definition (Binding) bezw. deren Umschreibung (Planck) zwischen diesen Anspruch und die Konventionalstrafe noch eine andere Verbindlichkeit ein, nämlich das von dem Beschuldigten dem Richter abgegebene Versprechen, unter bestimmten Bedingungen sich zu stellen. Dieses vom Beschuldigten abgegebene und vom Richter angenommene Versprechen wird anzusehen sein als ein einseitiger Vertrag auf eine nichtvermögensrechtliche Leistung. Dieser Vertrag bildet hier die Hauptverbindlichkeit, für deren Erfüllung die Konventionalstrafe haftet. Die Meinung jener Schriftsteller wird nicht mit dem bloßen Einwand abzutun sein, bei der Sicherheitsleistung könne die Hauptverbindlichkeit, die durch die Konventionalstrafe gesichert werden soll, nicht auf einem Vertrage beruhen, da die Verpflichtung des Beschuldigten zur Stellung auf einem zwingenden Rechtssatze des öffentlichen Rechts beruhe und durch zivilrechtliche Abmachungen nicht berührt werden könne, weshalb auch ein ausdrückliches Versprechen, sich zu stellen, ohne jede rechtliche Bedeutung sei. Dieser Einwand träfe nur die äußere Seite des Versprechens, insofern es nämlich nur als ein formelles Anerkenntnis der sich nicht aus diesem, sondern der sich aus dem Gesetz ergebenden Verpflichtungen anzusehen wäre. Dann hätte das Versprechen überhaupt keine Bedeutung, und die Erzwingbarkeit des Anspruchs auf Stellung hätte ihren Rechtsgrund lediglich im Gesetz. Man muß tiefer gehen. Jene Schriftsteller verlegen nämlich den Schwerpunkt des ausdrücklichen Versprechens nicht auf die Verpflichtung, sich zu stellen, schlechthin, sondern darauf, diese Verpflichtung nur unter bestimmten Bedingungen zu erfüllen. Das ist wohl der besondere Inhalt des ausdrücklichen Versprechens,

wenn Binding[1]) definiert: „auf gehörige Ladung in Vor-untersuchung und Hauptverfahren vor dem ladenden Gericht zu erscheinen", und Planck[2]) sagt: „sei es so oft es verlangt wird oder auf einen bestimmten Tag oder mit anderen Klauseln". Dieser Auffassung ist zwar zuzugeben, daß jenes Versprechen durch die Hinzufügung besonderer Bedingungen, die das Gesetz nicht ausdrücklich hervorhebt, eine gewisse Selbständigkeit neben dem Gesetz erhält, aber entgegenzuhalten, daß das Gesetz mit seinem allgemeinen Anspruche auf Stellung bereits sämtliche Bedingungen, unter denen der Beschuldigte im einzelnen zur Stellung verpflichtet ist, umfaßt. Insofern wird dem Versprechen wieder jeder selbständige Charakter genommen, und es kann, auch innerlich angesehen, nur so aufgefaßt werden, wie schon jene äußere Betrachtung zeigt, als ein formelles Anerkenntnis einer Verpflichtung. Fällt aber die Möglichkeit weg, die durch die Konventionalstrafe gesicherte Hauptverbindlichkeit auf einen selbständigen, eigene Rechtswirkungen erzeugenden Vertrag zu stützen, so fehlt der so konstituierten Konventionalstrafe ihre Hauptvoraussetzung und mit dieser die rechtliche Lebensfähigkeit.

Auch aus diesem Grunde scheint es mir geboten, an meiner Auffassung festzuhalten, daß die Konventionalstrafe haftet für den unmittelbar auf dem öffentlichen Rechte beruhenden Anspruche des Staates gegen den Beschuldigten, sich zu stellen.

IV. Man könnte gegen die Auffassung, der Sicherheitsleistung liege eine Vertragsstrafe zugrunde, weiter einwenden, daß bei der Vertragsstrafe der Anspruch auf Erfüllung der Hauptverbindlichkeit ausgeschlossen sei, sobald die Strafe verlangt werde, im vorliegenden Falle aber der Anspruch auf Stellung[3]) auch erzwingbar sei, obwohl die Strafe verlangt werde. Demgegenüber genügte allein der Hinweis auf den dispositiven Charakter dieser Vorschriften.[4]) Die Bestimmungen des Strafprozeßrechts über die Sicherheitsleistung schaffen hier ein Rechtsverhältnis, in dem jene Vorschriften, wie sonst durch den Parteiwillen der Vertragschließenden, kraft Gesetzes ausgeschlossen sein sollen. Jene Vorschriften wären im vorliegenden Falle aber auch ausgeschlossen, wenn sie von Haus aus nicht dispositiver Natur wären. Das ergibt sich gleichfalls aus der allgemeinen, rechtserzeugenden Natur der Gesetzgebung überhaupt, insbesondere aber auch im vorliegenden Falle aus dem Willen des Strafprozeßrechts, für den

---

[1]) Binding § 72 S. 130 Abs. 1.
[2]) Planck § 96 S. 260 Abs. 1.
[3]) vgl. für das geltende Recht § 340 BGB.
[4]) Planck, BGG. Bd. 2 § 340 N. 1 (S. 185).

Aufbau der Sicherheitsleistung die Materie der Konventionalstrafe zu verwenden und zur praktischen Durchführung dieses Zweckes die Bausteine zu bestimmen, die hierzu geeignet scheinen. Deshalb könnte auch der Einwand, eine Konventionalstrafe sei dem richterlichen Ermäßigungsrecht unterworfen und auch aus diesem Grunde könne der Sicherheitsleistung eine Vertragsstrafe nicht zugrunde gelegt werden, der Durchführung der hier ververtretenen Ansicht nicht im Wege stehen. Denn wie das Handelsgesetzbuch zur Erreichung seiner besonderen Zwecke unter bestimmten Voraussetzungen das richterliche Ermäßigungsrecht ausdrücklich verneint, so schließt auch die Strafprozeßordnung zur Erreichung ihrer Interessen die Herabsetzung der Vertragsstrafe stillschweigend aus. Daß die Vorschriften des bürgerlichen Rechts jünger sind als die unseres Prozeßgesetzes, ändert natürlich an diesem Ergebnisse nichts. Eine Aufnahme des richterlichen Ermäßigungsrechts in die für die Sicherheitsleistung in Betracht kommenden Lehren der Vertragsstrafe ist mit dem Zwecke des Gesetzes schlechterdings nicht zu vereinbaren, lag deshalb nie im Sinne des Gesetzes und kann nie in dessen Sinne liegen.

Hiermit ist bewiesen, daß mit der Sicherheitsleistung eine Konventionalstrafe entsteht. Diese Lösung entspricht durchaus der prozessualen Bedeutung der Sicherheitsleistung und der auch von der Substitutionstheorie nicht verkannten Zwangsmitteleigenschaft des Instituts. Denn auch die Konventionalstrafe ist ein Sicherungsmittel, das durch Anwendung psychologischen Zwanges den Willen des Schuldners bestimmen will, seine Verbindlichkeit zu erfüllen.[1])

V. Wir unterschieden bereits den Anspruch des Staates auf Stellung und den vermögensrechtlichen Anspruch, der sich aus der Stipulation der Vertragsstrafe ergibt. Während jener Anspruch unmittelbar gesichert wird durch die Vereinbarung der Vertragsstrafe, wird die Erfüllung dieses Schuldverhältnisses ihrerseits unmittelbar gesichert durch die Bestellung einer Sicherheit in Form der Hinterlegung, Pfandbestellung oder Bürgschaft.

Hiernach können wir also scheiden das Sicherungsversprechen, unter bestimmten Voraussetzungen zur Zahlung einer bestimmten Summe verpflichtet zu sein, als einseitig verpflichtenden Vertrag und die Sicherheitsbestellung als zweiseitigen Vertrag oder, wie Binding einteilt, Kaution im weiteren und Kaution im engeren Sinne.[2])

VI. Durch die Kaution im engeren Sinne, die Bestellung der Sicherheit, ergeben sich noch weitere Rechtsverhältnisse. Diese

[1]) vgl. Staudinger Bd. 2; Kuhlenbeck Vorbem. S. 177 Abs. 2.
[2]) Binding § 72 Abs. 1 S. 130.

sind aber lediglich zu beurteilen nach den Grundsätzen des Zivilrechts, und zwar im einzelnen je nach der besonderen Art des angewendeten Sicherungsmittels.

Geschieht die Sicherheitsbestellung durch Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren, so ergeben sich dreierlei Möglichkeiten. Entweder erwirbt der Staat an dem hinterlegten Gelde oder an den hinterlegten Wertpapieren ein Pfandrecht für seinen Anspruch aus der Vertragsstrafe[1]) oder er erwirbt, wenn das Geld oder die Wertpapiere nach den gesetzlichen Bestimmungen der landesrechtlichen Hinterlegungsordnungen in das Eigentum des Fiskus übergehen,[2]) an jenen Gegenständen fiduziarisches Eigentum. Ausgeschlossen ist aber in diesem Falle die in § 233 BGB. vorgesehene Möglichkeit, daß der Staat als Berechtigter ein Pfandrecht an jenen Gegenständen erwirbt. Denn diese Vorschrift kann nur zur Anwendung kommen, wenn der Staat in seiner Eigenschaft als „Sequester" auftritt und ihn zwei streitende Parteien als „Unparteiischen" in Anspruch nehmen. In unserem Falle ist aber der Staat selbst Partei. Sein Anspruch auf Rückerstattung der hinterlegten Gegenstände ginge also gegen sich selbst. Das ist aber ausgeschlossen. Der dritte Fall ist der, wenn das hinterlegte Geld oder die hinterlegten Wertpapiere zwar nicht in das Eigentum des Fiskus, sondern in das Eigentum einer als Hinterlegungsstelle bestimmten Anstalt mit selbständiger juristischer Persönlichkeit übergehen.[3]) Dann sind an dem Hinterlegungsakte drei Rechtssubjekte beteiligt, Staat und Hinterleger als Parteien und die Hinterlegungsanstalt als „Sequester". In diesem Falle erwirbt der Staat ein Pfandrecht an der Forderung des Hinterlegers auf Rückerstattung der hinterlegten Gegenstände.

Erfolgt die Sicherheitsleistung durch Pfandbestellung an anderen beweglichen Sachen oder an Grundstücken, so entsteht ein echtes Pfandrecht zur Sicherung der obligatorischen Forderung aus der Vertragsstrafe.

Sowohl bei der Hinterlegung als auch bei der Pfandbestellung macht es keinen Unterschied, ob diese Sicherheiten von dem Beschuldigten selbst oder von dritten Personen geleistet werden.

Wird die Sicherheit durch Bestellung einer Bürgschaft bewirkt, so entsteht eine echte zivilrechtliche Bürgschaft.[4])

Die Schriftsteller, die dies leugnen und ihre Ansicht ausdrücklich oder stillschweigend damit begründen, daß eine vermögensrechtliche Verbindlichkeit des Beschuldigten, für welche die Bürg-

[1]) § 233 Halbsatz 1 BGB.
[2]) § 233 Halbsatz 2 BGB.
[3]) § 233 Halbsatz 2 BGB.
[4]) Ebenso Seuffert S. 684 Ziff. 5.

schaft geleistet wird, nicht existiere,[1]) haben sich mit dem Prinzip der Sicherheitsleistung nicht auseinandergesetzt und können selbst den Begriff der reinen Bürgschaft in ihrem System nicht eingliedern.[2]) Die Einrede der Vorausklage muß aber, obwohl es sich um eine echte Bürgschaft handelt, ausgeschlossen sein. Hiervon wird weiter unten die Rede sein.

Hiermit ist aber der Inhalt der mit der Sicherheitsleistung entstehenden rechtlichen Beziehungen noch nicht völlig erschöpft. Es sind vielmehr noch die Rechtswirkungen des Instituts zur Darstellung zu bringen, die sich unmittelbar ergeben aus der gegen Stellung von Kaution verfügten Haftentlassung und der dadurch gegebenen Bedingungen, unter denen der Entlassene mit der Haft verschont wird.

Die Vereinbarung zwischen dem Richter und dem Beschuldigten geht nicht dahin, daß der Richter gegen die versprochene Vertragsstrafe und die dafür bestellten Sicherheitsobjekte verpflichtet sein soll, dem anderen das Recht ungestörten Freiheitsgenusses zu verschaffen. Der Richter übernimmt dem Beschuldigten gegenüber überhaupt keinerlei Verpflichtung. Daher verlangt dieser auch keinerlei Rechte.[3])

Die Vereinbarung hat vielmehr folgende Bedeutung. Der Beschuldigte soll unter der Voraussetzung, daß der durch Stellung der Kaution als beseitigt anzusehende Fluchtverdacht beseitigt bleibt (rebus sic stantibus), mit der Haft verschont werden. Es soll daher nicht auf den Anspruch auf Verhaftung schlechthin, sondern nur auf dessen Vollstreckung einstweilen verzichtet werden.[4]) Der Haftbefehl bleibt also bestehen und kann jederzeit vollstreckt werden, wenn jene Voraussetzung der Haftentlassung wegfällt, insbesondere wenn der Beschuldigte Anstalten zur Flucht trifft, wenn er auf ergangene Ladung ohne genügende Entschuldigung ausbleibt, oder wenn neu hervortretende Umstände seine Verhaftung erforderlich machen.[5]) Zu diesen neu hervortretenden Umständen sind zu rechnen eine sich nunmehr ergebende Kollusionsgefahr oder die durch bestimmte Tatsachen (z. B. Aufdeckung anderer Verbrechen des Beschuldigten oder neu hervortretende, die Strafbarkeit er-

---

[1]) v. Kries § 45 S. 324 Abs. 3; Ullmann § 77 S. 308/09; Stenglein, Lehrb. § 32 S. 156; Stenglein, Komm. § 118 S. 251 N. 3; v. Schwarze § 118 S. 254 Nr. 8.

[2]) Existiert denn bei ihnen für die bestellten Pfänder und Hypotheken eine Forderung? Diese Frage wird von ihnen weder gestellt noch beantwortet.

[3]) Planck § 96 S. 260 Ziff. 1; vgl. hierzu auch die Ausführungen im nächsten Paragraphen (§ 6).

[4]) Binding § 72 S. 130 Ziff. 1; Birkmeyer § 78 S. 493.

[5]) § 120.

höhende Tatsachen, Wechsel des Aufenthalts) erweckte Besorgnis, daß der Beschuldigte trotz der bestellten Sicherheit entfliehen wird, und endlich Verminderungen des Wertes der Sicherheitsobjekte (Fallen des Kurswertes der hinterlegten Wertpapiere, Verschlechterung des Pfandes, der Vermögensverhältnisse des Bürgen).[1]) In allen diesen Fällen hat der Richter ohne Rücksicht auf die bestellte Sicherheit die Verhaftung anzuordnen. Die Möglichkeit, in diesen Fällen erhöhte Sicherheit zu verlangen und davon die Verhaftung abhängig zu machen,[2]) ist mit der Begründung Stengleins[3]) abzulehnen. Da der Haftbefehl mit der Entlassung gegen Sicherheit bestehen bleibt, ist bei der Wiederverhaftung des Beschuldigten unter den eben aufgeführten neuen Voraussetzungen die Erlassung eines neuen Haftbefehls nicht erforderlich.[4])

An dieser Stelle wäre endlich auch, streng systematisch genommen, die Frage nach der Widerruflichkeit der Sicherheitsleistung zu behandeln. Da ihre Beantwortung aber von der einiger Einzelfragen abhängt, die zur Bestellung der Sicherheit gehören, wird sie zweckmäßig dort zu geben sein, um unübersichtliche Bezugnahmen zu vermeiden.

Dasselbe gilt von einigen noch zu erörternden Einzelfragen, die zwar auch zum Inhalte der Sicherheitsleistung gehören, aber in so unmittelbarem Zusammenhange zu dem Verfalle selbst und dessen Voraussetzungen stehen, daß sie richtiger dort zu behandeln sind.

§ 6.

2. Die Bestellung der Sicherheit.

I. Voraussetzung der Bestellung einer Sicherheit ist das Vorliegen eines Antrags, gegen Sicherheitsleistung mit der Haft verschont zu werden. Die Freilassung gegen Kaution kann also nicht von Amts wegen verfügt werden.[5]) Denn die Sicherheitsleistung ist, wie wir sahen, nicht ein selbständiges Zwangsmittel zur Stellung des Beschuldigten, das der Richter nach freiem Ermessen neben der Haft anwenden kann, sondern nur ein Surrogat der Haft. Ebensowenig wie aber der Richter Sicherheit verlangen darf, hat auch der Beschuldigte ein Recht auf Haftentlassung gegen Kaution. Das Wörtchen „kann" im § 117 gibt ihm keinen An-

[1]) vgl. auch Löwe § 120 S. 399 N. 3a.
[2]) Löwe § 120 S. 399 N. 3b.
[3]) Stenglein § 120 S. 253 N. 4.
[4]) Bennecke-Beling § 58 S. 187 N. 8; Löwe § 117 S. 396 N. 1.
[5]) John Bd. 1 § 117 N. 3 S. 862/63.

spruch auf Verschonung mit der Haft, sondern lediglich die rechtliche Möglichkeit, auf entsprechenden Antrag nach freiem richterlichen Ermessen entlassen zu werden.[1]) Der Antrag ist in jedem Stadium des Verfahrens zulässig, auch im Strafvollstreckungsverfahren (§ 488).[2]) Er kann von dem Beschuldigten, selbst auch von einem nicht geschäftsfähigen,[3]) und mit seiner ausdrücklichen Genehmigung auch von dem dritten Kaventen gestellt werden. Gegen den Willen des Beschuldigten, auch gegen den Willen eines geschäftsunfähigen, ist die Antragstellung unzulässig. Dies hat seinen Grund nicht nur darin, daß der Beschuldigte nicht gegen seinen Willen obligiert werden kann[4]) — diese Begründung träfe nur zu bei einem volljährigen Beschuldigten, denn der Minderjährige hat keinen eigenen verpflichtungsfähigen Willen —, sondern besonders darin, daß eine gegen den Willen des Beschuldigten bestellte Sicherheit schwerlich geeignet sein kann, den Fluchtverdacht zu beseitigen, und ferner darin, daß die Sicherheit nur ein Surrogat der Haft ist und durch Anwendung gegen den Willen des Beschuldigten sich als ein selbständiges Zwangsmittel darstellen würde.[5])

Die Stellung des Antrags hat bei dem zuständigen Gericht zu erfolgen,[6]) ist aber an keine Form gebunden. Es genügt schon, wenn der Beschuldigte für den Fall, daß beispielsweise ein Ver-

---

[1]) v. Kries § 45 S. 324 Abs. 2; Ullmann § 77 S. 307 Ziff. II Abs. 3 a. E.; vgl. auch Löwe § 117 S. 396 N. 4; Holtzendorff Bd. 1 § 21 S. 365 Ziff. 2; Birkmeyer § 78 S. 493 c.

[2]) Die Frage, ob auf die zum Zwecke des Strafaufschubs bestellte Sicherheit (§ 488) die Vorschriften der §§ 118 ff. Anwendung zu finden haben, ist mit der ausführlichen Begründung des OLG. Colmar v. 5. 5. 1890 (Goltdammers Arch. Bd. 38 S. 370) zu bejahen; vgl. auch die Entsch. d. OLG. München v. 17. 11. 1898 (Entsch. dieses Gerichts in Strafs. Bd. 10 S. 152) und des OLG. Dresden v. 10. 12. 1899 (Annalen dieses Gerichts Bd. 20 S. 481). Derselben Ansicht sind Löwe § 488 S. 946 N. 5 und Stenglein, Komm. § 488 S. 671 N. 2; and. A. Meves (Holtzendorff Bd. 2) S. 493 Abs. 1 a. E., aber ohne Begründung.

[3]) Daß auch ein Geschäftsunfähiger den Antrag auf Entlassung gegen Kaution stellen kann, ergibt sich aus der rechtlichen Natur dieses Antrags. Er ist eine innerhalb des Strafprozesses vorgenommene Rechtshandlung, und hier findet der Begriff der zivilrechtlichen Handlungsfähigkeit bezw. zivilprozessualen Prozeßfähigkeit keine Anwendung. Wie ein Unmündiger im Strafprozesse persönlich Rechtsmittel einlegen kann, so kann er auch den Antrag auf Haftentlassung stellen.

[4]) vgl. John § 117 N. 3 Abs. 2 S. 863/64; Stenglein, Komm. § 117 S. 351 N. 7.

[5]) Man könnte versucht sein, die Bestimmung des § 340 analog auf die Stellung des Antrags auf Haftentlassung anzuwenden, zumal auch der gesetzliche Vertreter den gegen seinen Mündel erlassenen Haftbefehl selbständig mit der Beschwerde anfechten kann. Doch muß, abgesehen von der strikten Fassung des § 340, dessen Anwendung aus den im Text dargelegten Gründen abgelehnt werden.

[6]) Für die Zuständigkeit der Bestellung der Sicherheit gilt das, was unten in § 9 über die Zuständigkeit des den Verfall aussprechenden Gerichts gesagt ist.

wandter sich dem Gericht zur Sicherheit erbietet, dem Gericht erklärt, daß er einverstanden sei.

II. Ist der Antrag gestellt, so ist zunächst gemäß § 33 die Staatsanwaltschaft zu hören.[1]) Hierauf verfügt das Gericht durch Beschluß über den Antrag, der entweder abzulehnen oder dem in bedingter Weise zuzustimmen ist.[2]) Gegen die richterliche Verfügung hat sowohl der Beschuldigte als auch die Staatsanwaltschaft nach den §§ 346, 347 das Rechtsmittel der Beschwerde, und wenn die Voraussetzungen des § 352 vorliegen, auch das der weiteren Beschwerde.

III. Von dem Antrage auf Haftentlassung gegen Kaution und der Fähigkeit, diesen zu stellen, ist wohl zu unterscheiden die Bestellung der Sicherheit selbst und die Fähigkeit hierzu.

Die Kaution kann, wie wir sahen, auch von dritten Personen geleistet werden.

Da sie aber mit dem Abschluß von Rechtsgeschäften verbunden ist, hat ihre Bestellung immer zur Voraussetzung, was kaum besonderer Hervorhebung bedarf, einen verpflichtungsfähigen Willen des Sicherheitsbestellers. Ist also der Beschuldigte minderjährig, so sind die auf die Bestellung einer Sicherheit und deren Rechtsfolgen abzielenden Willenserklärungen abzugeben von seinem gesetzlichen Vertreter.

IV. Hier ist auch die Frage zu behandeln: Kann die Sicherheit widerrufen werden? Hierbei ist zu scheiden: Kann das Verlangen, daß der Beschuldigte wieder verhaftet und dadurch die Herausgabe der Sicherheit ermöglicht wird, gestellt werden von ihm selbst und nur von ihm selbst oder auch von dem dritten Kaventen?

Wie nach den früheren Ausführungen der Richter jederzeit berechtigt ist, die Freilassung des Beschuldigten zu widerrufen und dessen Verhaftung anzuordnen, so hat auch der Beschuldigte das Recht, auf seinen Anspruch, in seiner persönlichen Freiheit unverletzt zu sein, nachträglich wieder zu verzichten und selbst seine Verhaftung zu beantragen. Das folgt aus der Natur der Sicherheitsleistung, die als ein Surrogat der Haft für den Beschuldigten eine Wohltat sein soll. Genau so wenig, wie aber der Richter nach dem Grundsatze Beneficia non obtruduntur die Stellung einer Kaution verlangen kann, kann er verlangen, daß die Sicherheit, wenn sie einmal bestellt ist, gegen den Willen des Beschuldigten bestellt bleiben muß. Denn der Beschuldigte kann sehr schwerwiegende Gründe haben, die ihn nachträglich, vielleicht

[1]) vgl. auch § 124 Abs. 2.
[2]) Stenglein, Lehrb. S. 156 Abs. 3 u. S. 157 a. A.

ganz plötzlich nötigen, sich verhaften zu lassen, damit über die bestellten Sicherheitsobjekte von ihm oder dem Kaventen anderweit verfügt werden kann. Man denke nur an den Fall, daß der Beschuldigte oder die Besteller der Sicherheit plötzlich der Verfügung über die meist nicht unbeträchtlichen Sicherheitsobjekte bedürfen, um geschäftlichen Verlusten oder gar einer Vermögenskrise, einem Konkurse oder dgl. zu entgehen. Deshalb muß dem Beschuldigten das Recht eingeräumt werden, Freigabe der Kaution zu verlangen. Darin stimmen wohl auch sämtliche Schriftsteller überein.[1])

Streit herrscht aber darüber, ob diese Befugnis auch dem dritten Kaventen zustehen soll.

Aus dem Gesagten ergibt sich bereits, daß die Kaventen die Rückgabe der Kaution verlangen können, wenn der Beschuldigte selbst einverstanden ist. Auch wird ihnen, wenn der Beschuldigte nicht einverstanden ist, freistehen, den Antrag auf Rückgabe der Sicherheit bei Gericht zu stellen und die Gründe hierfür anzugeben, aber freilich nur mit dem Erfolge, daß der Richter die Gründe zu prüfen hat, im übrigen aber nach freiem Ermessen dem Antrag stattgeben oder ihn ablehnen kann.[2]) Einen Anspruch auf Rückgabe haben hiernach die dritten Kaventen nicht. Mit gutem Grunde. Diejenigen, welche für den Beschuldigten Sicherheit leisten, übernehmen damit, wie wir sahen, dem Staate gegenüber die Verpflichtung, ihm für die von dem Beschuldigten versprochene Konventionalstrafe einzustehen. Diese Verpflichtung der Kaventen, mag sie durch Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren, Bestellung von Pfändern oder Hypotheken oder durch Bürgschaftserklärung übernommen sein, ist ein Rechtsgeschäft, das nicht durch einseitigen Widerruf beliebig aufgehoben werden kann, sondern nur durch den Willen beider Kontrahenten. Versagt der Staat seine Zustimmung, das Rechtsverhältnis zu lösen, so sind die Kaventen daran gebunden.[3])

Wenn v. Kries[4]) die entgegengesetzte Ansicht, daß auch der Dritte ein Recht habe, dem Verhältnis ein Ende zu machen, damit begründet, daß weder Staatsanwaltschaft noch Gericht einen Anspruch auf Fortdauer des durch die Sicherheitsleistung be-

---

[1]) v. Kries § 45 S. 325 Ziff. 1 Abs. 2; Holtzendorff Bd. 1 § 21 S. 370/71; John Bd. 1 S. 872 Ziff. 2.

[2]) Ähnlich Stenglein, Komm. § 121 S. 254 N. 8 Satz 1 u. 2.

[3]) Stenglein, Komm. § 121 S. 254 N. 8; im Ergebnis ebenso Holtzendorff Bd. 1 § 22 S. 371; Löwe § 121 S. 400 N. 2b; Keller § 121 S. 138 N. 10; Voitus, Verschonung S. 226—228; and. A., aber ohne Begründung Geyer § 162 S. 597 Ziff. 1; Bennecke-Beling § 58 S. 183 IIb.

[4]) v. Kries § 45 S. 325 Ziff. 1 Abs. 2.

gründeten Rechtsverhältnisses haben, so verkennt er, wie sich auch früher schon zeigte, wiederum die zivilrechtliche Seite der Sicherheitsleistung.

Auf einem Trugschlusse beruht auch m. E. die Begründung von John.[1]) Er behauptet, daß dann, wenn ein Dritter die Freigabe der Kaution nicht verlangen könne, in diesem einen Falle die Haftentlassung gegen Kaution ein selbständiges Untersuchungsmittel sei und nicht, wie grundsätzlich, ein Surrogat der Haft, und daß deshalb, hätte das Gesetz Derartiges zur Geltung bringen wollen, eine ausdrückliche Vorschrift erforderlich gewesen wäre! Diese Schlußfolgerung wäre nur dann richtig, wenn auch der Dritte befugt wäre, die Entlassung eines wegen Fluchtverdachts Verhafteten gegen Sicherheitsleistung, unabhängig von dessen Willen, zu verlangen. Da aber die Entscheidung der Frage, ob der Beschuldigte das Surrogat der Haft genießen soll, lediglich von dem übereinstimmenden Willen des Staates und des Beschuldigten abhängig und der Dritte an der Herbeiführung dieser Entscheidung nur insofern beteiligt ist, als er dem Beschuldigten die Mittel zu deren Erlangung bereitstellt, kann an der Entscheidung, daß der Angeschuldigte den Genuß des Surrogats haben soll, und an der Tatsache, daß er nunmehr diesen Genuß hat, das Surrogat der Sicherheitsleistung also zur Anwendung kommt, dadurch nicht berührt werden, daß der Dritte die Sicherheit heraushaben will, und daß ihm dieses Verlangen vom Richter nicht erfüllt wird. Der Beschuldigte bleibt trotzdem im Genusse des ihm bewilligten Surrogates der Haft.

Endlich ist auch die Ansicht von Thilo,[2]) der sich auf die Motive und auf den von diesen in bezug genommenen Art. 141 der thüringischen StPO. von 1850 beruft, und zwar mit der Begründung von Voitus[3]) abzulehnen.

Die hier vertretene Ansicht, daß der Dritte keinen Anspruch darauf hat, die von ihm geleistete Sicherheit zu widerrufen, scheint auf den ersten Blick zu scharfen Härten gegen die Kaventen zu führen.

Dabei ist aber folgendes zu berücksichtigen: Der hier vertretene Grundsatz des Gesetzes enthält eine ziemliche Milderung, auf die in dem Abschnitte über den Verfall noch einzugehen sein wird. Ferner hat es der Richter, wie wir bereits sahen, jederzeit in der Hand, dem Antrage eines Kaventen auf Freigabe der Sicherheit zu entsprechen. Außerdem steht nichts im Wege, daß der

[1]) John Bd. 1 S. 874/75.
[2]) Thilo § 121 S. 122 Nr. 7.
[3]) Voitus, Verschonung S. 227/28.

Richter als Vertreter des Staates und der Sicherheitsbesteller von vornherein vereinbaren, die Sicherheit solle nur unter ganz bestimmten Bedingungen verhaftet sein, bei deren Wegfall sie zurückverlangt werden könne.[1])

II. Der Verfall der Sicherheit.

§ 7.

Die Voraussetzungen des Verfalls.

I. Da wir die Sicherheitsleistung nach der einen Seite hin als Konventionalstrafe konstruiert haben, müssen auch die Voraussetzungen des Verfalls der Sicherheit, *generell* bestimmt, die gleichen sein wie bei dem Verfall einer Konventionalstrafe.

Diese Voraussetzungen ergeben sich einerseits aus der akzessorischen Natur der Vertragsstrafe. Nur wenn der Hauptanspruch besteht, besteht auch der Nebenanspruch auf die versprochene Strafe. In den Fällen also, in denen ein Anspruch des Staates, dem Beschuldigten die Freiheit zu entziehen, *nicht* besteht — sei es, daß er überhaupt nicht bestanden hat, sei es, daß er durch Erfüllung oder durch andere Gründe erloschen ist —, besteht auch kein Anspruch auf Verwirkung der Strafe. In allen diesen Fällen wird die Sicherheit frei.[2])

Hieraus folgt, daß diejenigen Regeln, welche das Freiwerden der Sicherheit *bestimmen*, gleichzeitig einen Teil der Grundsätze enthalten, nach denen ein Anspruch des Staates auf „Gestellung" *nicht* besteht, ein Verfall der Sicherheit also *nicht* eintreten kann. Anders ausgedrückt: Zur Voraussetzung des Verfalls einer Sicherheit gehört, daß nicht zuvor ein das Freiwerden der Sicherheit bewirkendes Ereignis eingetreten ist.[3]) Wir wollen diese Ereignisse die *negativen* Voraussetzungen des Verfalls nennen.

Die anderen Voraussetzungen des Verfalls ergeben sich aus denjenigen Bedingungen, an deren Eintritt die Fälligkeit der durch die Sicherheitsleistung versprochenen und garantierten Vermögens-

---

[1]) vgl. hierzu die von *Schwarze* (Haftentlassung § 7 S. 244) angeführten Beispiele.

[2]) Hier mag gleich die ausnahmslose Regel festgestellt werden, daß die freigewordene Sicherheit nicht nachträglich noch verfallen kann, und daß eine verfallene Sicherheit nicht wieder frei werden kann. Vgl. *Beunecke-Beling* § 58 S. 188 III a und *John* Bd. 1 S. 883.

[3]) vgl. *Löwe* § 122 S. 402 N. 1 Satz 1.

leistung geknüpft ist.[1]) Diese sollen im Gegensatz zu den eben erwähnten die positiven Voraussetzungen des Verfalls genannt werden.

Endlich sind noch zu erwähnen diejenigen Voraussetzungen des Verfalls, welche ihren Grund haben in der Gültigkeit der sowohl das Sicherungsversprechen als auch die Sicherheitsbestellung enthaltenden Rechtsgeschäfte. Diese Voraussetzungen haben zwar keinen Anspruch darauf, als eigentliche Voraussetzungen des Verfalls bezeichnet zu werden. Denn von diesen kann streng genommen nur dann die Rede sein, wenn die betreffenden Rechtsgeschäfte gültig sind. Da aber jene uneigentlichen Voraussetzungen, oder wie sie genannt werden mögen, für die Frage, ist eine Sicherheit verfallen oder nicht, von Bedeutung sind, müssen sie in diesem Zusammenhange erwähnt werden.

II. Was nun zunächst die negativen Voraussetzungen des Verfalls betrifft, so sind die Fälle, in denen eine noch nicht verfallene[2]) Sicherheit frei wird, einzuteilen, je nachdem der Anspruch des Staates auf Stellung des Beschuldigten erfüllt worden bezw. in anderer Weise erloschen ist.

1. Die Erfüllung des staatlichen Anspruchs auf Stellung des Beschuldigten wird bewirkt durch dessen Verhaftung. Aber nicht jede Verhaftung läßt die Sicherheit frei werden.

Ausscheiden müssen wir hier zunächst alle die Fälle einer Verhaftung, denen Umstände zugrunde liegen, welche die Sicherheit verfallen lassen. Dies mag nach dem bisher Gesagten selbstverständlich erscheinen, bedarf aber in diesem Zusammenhange besonderer Erwähnung, um die Fälle von Verhaftungen, die das Freiwerden der Sicherheit bewirken, systematisch abzugrenzen.

Mit dieser Einschränkung unterscheidet das Gesetz die das Freiwerden der Sicherheit bewirkenden Verhaftungen, je nachdem der Beschuldigte zur Haft gebracht wird oder der Antritt der erkannten Freiheitsstrafe erfolgt.[3]) Die Bezeichnung des Gesetzes

---

[1]) Es bedarf wohl keiner besonderen Betonung, daß die Vorschriften des geltenden bürgerl. Rechts, welche die Verwirkung der Vertragsstrafe an den Verzug des Schuldners knüpfen (§ 339 BGB.), für den Verfall unserer Konventionalstrafe nicht in Betracht kommen können. Denn der Anspruch des Staates auf Stellung ist „fällig", wenn sich der Beschuldigte der Untersuchung oder dem Antritt der erkannten Freiheitsstrafe entzieht (vgl. unten § 7). Es liegt in der Natur der Sache, daß der Beschuldigte nicht noch besonders in Verzug gesetzt zu werden braucht. Übrigens sind die Vorschriften des zitierten § 339 BGB., wie wir sahen, dispositiver Natur. Aber auch wenn sie es nicht wären, könnten sie nach unseren früheren Ausführungen (vgl. oben § 5) für die Konstruktion der Sicherheitsleistung nicht in Betracht kommen.

[2]) § 121. Diese Vorschrift ist nicht erschöpfend. Vgl. auch Geyer § 162 I Abs. 2 S. 597/98; Keller § 121, 5 S. 138.

[3]) § 121.

„wenn der Angeschuldigte zur Haft gebracht wird" ist mindestens ungenau.

Denn nicht in Betracht kommen können Verhaftungen, die vorgenommen werden in einer anderen Sache, von einem anderen Gerichte als demjenigen, welches die Freilassung des Beschuldigten gegen Sicherheitsleistung verfügt hat.[1]) Dies hat seinen guten Grund in praktischen Erwägungen. Es ist sehr wohl denkbar, daß der Beschuldigte von einem anderen Gericht in Untersuchungshaft genommen, oder daß von einem anderen Gerichte gegen ihn Strafhaft vollstreckt wird, ohne daß der Richter, der die Freilassung gegen Sicherheitsleistung zugelassen hat, von jenen Umständen Kenntnis bekommt. Würde die Sicherheit auch in diesen Fällen frei, so würde der Zweck der Sicherheitsleistung illusorisch, sobald der Beschuldigte von jenem anderen Gericht wieder freigelassen wird, ohne daß der für die Sicherheitsbestellung zuständige Richter davon Kenntnis erhält.

Zu weit geht aber die Meinung derer,[2]) welche unter dem „Zurhaftbringen" nur die Vollstreckung des in der vorliegenden Sache ergangenen Haftbefehls verstehen wollen. Wie in diesem Falle die Sicherheit frei wird, so muß dies auch in den Fällen geschehen, in denen der Angeschuldigte in anderen Sachen verhaftet wird, sei es, um in Untersuchungshaft genommen zu werden, sei es, um eine Strafhaft zu verbüßen, immer vorausgesetzt, daß die betreffende Verhaftung, wie bereits gesagt, von demselben Gericht angeordnet wird, das die Entlassung gegen Sicherheitsleistung zugelassen hat. Denn dadurch, daß der Beschuldigte von demselben Gericht wegen einer anderen Sache in Haft genommen wird, ist für die ganze Dauer der Haft in dieser Sache auch gleichzeitig der Anspruch des Staates auf Stellung des Beschuldigten erfüllt in dem Strafverfahren, in dem die Sicherheitsleistung bestellt wurde. Obwohl der Beschuldigte in einer anderen Sache verhaftet worden ist, hat es das Gericht gleichzeitig in der Hand, auch Untersuchungshandlungen gegen ihn vorzunehmen in dem Strafverfahren, für welches die Sicherheit bestellt wurde. Die Konsequenz der gegnerischen Ansicht würde unter Umständen zu großen Härten gegen die dritten Kaventen führen. Man denke nur an den Fall, daß der Beschuldigte aus der in einer anderen Sache gegen ihn anhängigen Untersuchungs- oder Strafhaft entflieht. Dann müßte die Sicherheit, die jener Ansicht nach nicht frei geworden ist, verfallen, weil sich der Beschuldigte durch die

---

[1]) So grundsätzlich auch Holtzendorff Bd. 1 § 22 S. 370a.

[2]) Geyer § 162 S. 597 I; Löwe § 121 S. 400, 2a; Stenglein § 121 S. 254 N. 3; Keller § 121 S. 137 N. 2.

Flucht der Untersuchung in der Sache, in welcher Sicherheit bestellt worden ist, entzieht.

Gegen die hier vertretene Ansicht und die sich aus ihr ergebenden Konsequenzen kann m. E. nichts hergeleitet werden aus dem Umstande, daß der Beschuldigte, wenn er zwar aus der Untersuchungs- oder Strafhaft in der anderen Sache entlassen werden könnte, eine neue Sicherheit bestellen müßte, um auch in der Strafsache, für welche die inzwischen freigewordene Sicherheit bestellt war, die Freiheit wiederzuerlangen.

Einerseits würde der Richter vielleicht Bedenken tragen, einen Menschen, der inzwischen auch noch in einer anderen Sache, vielleicht wegen eines schweren Verbrechens, das bei der früheren Bestellung noch nicht bekannt geworden war, in Untersuchungshaft genommen ist, von neuem gegen Sicherheitsleistung freizulassen. Dann würde sich die Bestellung einer neuen Sicherheit erübrigen. Andererseits stünden einer nochmaligen Sicherheitsbestellung, wenn der Richter etwaige Bedenken überwinden könnte, praktische Schwierigkeiten nur dann im Wege, wenn die freigewordene Sicherheit inzwischen auch herausgegeben worden ist. Das braucht aber keineswegs der Fall zu sein, zumal der Beschuldigte im Hinblick auf eine baldige Entlassung in der anderen Strafsache die inzwischen freigewordene Sicherheit wird stehen lassen, um sie dann vor seiner Entlassung von neuem zu „bestellen".

Inkonsequent erscheint mir die Ansicht Holtzendorffs,[1]) der zwar die Sicherheit durch jede Untersuchungshaft bei demselben Gerichte frei werden läßt, im Falle einer Strafhaft aber verlangt, daß sie in einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe bestehe. Hier betont er bezüglich der Strafhaft als besonderen Grund des Freiwerdens die Tatsache, daß eine Freilassung des Verurteilten ein für allemal ausgeschlossen ist. Dort stellt er dieses Erfordernis bezüglich der Untersuchungshaft nicht, obwohl die in einer anderen Sache verhängte Untersuchungshaft früher endigen kann als das Strafverfahren, in dem die Sicherheit bestellt worden ist.

Richtiger scheint es mir daher zu sein, die Sicherheit in allen den Fällen frei werden zu lassen, in denen der Beschuldigte von dem Gerichte verhaftet wird, das die Haftentlassung gegen Kaution bewilligt hat, mag die Wiederverhaftung nun die „vorliegende" Sache oder eine Untersuchungshaft oder eine Strafhaft in einer anderen Sache betreffen. Daß die Vollstreckung einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe die Sicherheit gleichfalls frei werden läßt, kommt als selbstverständlich hinzu.

[1]) Holtzendorff Bd. 1 § 22 S. 370a.

Durch den hier vertretenen Grundsatz wird die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß der Richter, wenn er Kenntnis davon bekommt, daß der Beschuldigte von einem anderen Gerichte in Untersuchungshaft oder von einer Strafvollstreckungsbehörde in Strafhaft genommen wird, die Sicherheit freigeben kann.[1] In solchen Fällen handelt es sich aber um eine ausdrückliche, lediglich ins Ermessen des Richters gestellte Freigabe der Sicherheit unter Anwendung der oben in § 6 dargelegten Grundsätze, nicht um Freiwerden.

2. Der Antritt der erkannten Freiheitsstrafe.

Wie der Zeitpunkt des Antritts zu bestimmen ist, ist zweifelhaft, in der Literatur auch bestritten. Ausschlaggebend für die Bestimmung dieses Zeitpunktes ist m. E. der spezielle Grund, der die unmittelbare Veranlassung zur Strafvollstreckung bietet. In unserem Falle besteht diese in der freiwilligen Stellung des Verurteilten und in seinem Antrage, daß die erkannte Freiheitsstrafe vollstreckt werde. Gibt der Staat diesem Antrage statt und entzieht er dem Antragsteller hierdurch die Freiheit, so hat der Zeitpunkt der Freiheitsentziehung, d. i. der Zeitpunkt, in welchem sich die Gefängnisverwaltung oder die Sicherheitsbehörde zum Zwecke der Strafvollstreckung des Verurteilten bemächtigt, als Antritt der erkannten Strafe zu gelten, gleichgültig ob die Strafvollstreckung in der eigentlichen Strafanstalt oder wegen Überfüllung oder aus anderen Gründen zunächst in einem Untersuchungsgefängnis oder in einem anderen Haftlokal erfolgt, das keine Strafvollstreckungsanstalt im technischen Sinne ist.[2]

3. Der Anspruch des Staates auf Stellung des Beschuldigten kann aber nicht nur durch Erfüllung, sondern auch in anderer Weise erlöschen, nämlich durch

a) Aufhebung des Haftbefehls,
b) Freisprechung,
c) Einstellung des Verfahrens,
d) Verurteilung,[3]
e) Tod des Beschuldigten.[4]

In allen diesen Fällen wird die bestellte Sicherheit ebenfalls frei.[5] In den unter a—d genannten Fällen ist zu beachten,

---

[1]) Löwe § 121 S. 400, 2a a. E.

[2]) Im Ergebnis ebenso unter besonderer Würdigung der Konsequenzen Holtzendorff Bd. 1 § 22 S. 370 N. 1; Stenglein § 121 S. 254 N. 5; and. A. Löwe § 121 Ziff. 4 S. 400.

[3]) vgl. zu a—d Löwe § 121 S. 400 N. 3.

[4]) vgl. Löwe § 121 S. 399 N. 1 Satz 1. Über die Kaution des Selbstmörders im nächsten Paragraphen.

[5]) vgl. auch Geyer § 162 S. 597; Ullmann § 77 S. 309 VII, 1.

daß der Haftbefehl nicht erst dann als aufgehoben zu gelten hat, wenn die betreffende Entscheidung rechtskräftig geworden ist, sondern bereits mit deren Verkündung oder Zustellung. Da nach § 123 Abs. 2 die Freilassung des in Haft befindlichen Beschuldigten durch Einlegung eines Rechtsmittels nicht verzögert werden darf, muß auch das Freiwerden des Surrogates der Haft, der Sicherheitsleistung, als sofort eingetreten angesehen werden.[1])

4. Die Sicherheit kann endlich noch frei werden, wenn der Zeitraum oder das Stadium des Verfahrens, für welches die Sicherheitsleistung bestellt war, abgelaufen bezw. abgeschlossen ist.[2])

III. Wir kommen nunmehr zu den positiven Voraussetzungen des Verfalls.[3])

Diese sieht das Gesetz darin, daß sich der Beschuldigte der Untersuchung oder dem Antritt der erkannten Freiheitsstrafe entzieht. Sie charakterisieren sich als diejenigen Bedingungen, an deren Eintritt die Fälligkeit der von dem Beschuldigten dem Staate versprochenen Vertragsstrafe geknüpft ist. Sind sie einmal eingetreten, so ist und bleibt die geleistete Sicherheit dem Staate verfallen, mag auch der durch die Sicherheitsleistung und die darin enthaltene Konventionalstrafe gesicherte Hauptanspruch des Staates, der auf Stellung des Beschuldigten, noch nachträglich erfüllt werden.

Die Frage, ob der Beschuldigte sich entzogen hat, ist Tatfrage und muß dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben. Doch müssen trotz aller möglichen Variationen im einzelnen folgende Grundzüge festgehalten werden.

Der Begriff des Sichentziehens ist nicht zu identifizieren mit dem im § 120 fixierten Begriff: Anstalten zur Flucht treffen.

Hierunter ist nur eine Vorbereitungshandlung zu verstehen in der Absicht, sich der Verhaftung und damit dem staatlichen Strafanspruche zu entziehen, ohne daß diese Absicht Verwirklichung gefunden hat. Der Begriff des Sichentziehens setzt aber neben der Absicht, sich der Gewalt des Richters zu entziehen, noch die Tatsache voraus, daß der Beschuldigte Handlungen vorgenommen hat, die diesen Erfolg herbeigeführt haben. Ob dieser vollständig oder teilweise, etwa nur zeitweise, eingetreten ist, ist gleichgültig.[4])

Der Begriff der Haft- oder Strafentziehung wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Beschuldigte wieder ergriffen wird oder freiwillig zurückkehrt.

[1]) Seuffert S. 684 Ziff. 9 (rechte Spalte oben).
[2]) Löwe § 121 S. 401 N. 5.
[3]) § 122 Abs. 2.
[4]) Entsch. d. RG. v. 25. 1. 1894 in Goltdammers Arch. Bd. 42 S. 147.

Dies gilt selbst dann, wenn die Entziehung in eine Zeit fällt, in der dem Verurteilten Strafaufschub erteilt worden war.[1])

Im Einzelfalle wird es oft schwer sein, den Beweis für die subjektive Seite der Entziehung zu erbringen. Denn der bloße Ungehorsam, selbst wiederholter Ungehorsam des Beschuldigten gegen eine an ihn ergangene Ladung genügt nicht, um die Sicherheit verfallen zu lassen, vorausgesetzt natürlich, daß der Beschuldigte dem Gericht erreichbar ist und nicht seinen Aufenthalt gewechselt hat. Vielmehr ist dieses „Ausbleiben auf ergangene Ladung" (§ 120) von dem Begriff des „Sichentziehens" streng zu scheiden.[2]) Die entgegengesetzte Ansicht von Binding,[3]) daß die Kaution verfalle, wenn der Beschuldigte auf gehörige Ladung schuldhafterweise ausbleibt, wobei es offenbar dahingestellt sein soll, ob er sich wirklich entziehen will oder nicht, ist die Konsequenz der Bindingschen Ansicht, daß die mit der Sicherheitsleistung entstehende Vertragsstrafe haften solle für das von dem Beschuldigten dem Staate abgegebene Versprechen, auf gehörige Ladung vor dem ladenden Gerichte zu erscheinen. Aus der Ablehnung des Prinzips (vgl. oben § 5) ergibt sich wohl ohne weiteres die Ablehnung der Konsequenz.[4])

Auch der Selbstmord des Beschuldigten fällt nicht unter den Begriff des Sichentziehens.[5]) Freilich wird diese Frage nicht allein

---

[1]) Entsch. d. OLG. Colmar v. 13. 9. 1890 in Goltdammers Arch. Bd. 39 S. 185.

[2]) Ebenso Löwe § 122 S. 402 N. 2; Bennecke S. 237 § 61 Anm. 19; v. Kries § 45 S. 327 Ziff. 2; Holtzendorff Bd. 1 § 23 S. 373.

[3]) Binding § 72 S. 132 Ziff. 8.

[4]) Und doch bedarf diese Ablehnung noch einer besonderen Begründung. Es könnte nämlich scheinen, als sei ich mit mir selbst im Widerspruch, wenn ich früher sagte, daß das von Planck und Binding präsumierte Versprechen dem ganzen Inhalte nach bereits in dem gesetzlichen Anspruch des Staates enthalten sei, jetzt aber leugne, daß die Sicherheit verfalle, wenn der Anspruch des Staates auf gehörige Befolgung der Ladung — insofern soll der Inhalt des gesetzlichen Anspruchs den Inhalt des Versprechens umfassen — nicht erfüllt wird. Nur ein scheinbarer Widerspruch. Gewiß umfaßt auch der Anspruch des Staates auf Stellung den Anspruch, die Ladung zu befolgen, und an sich steht deshalb nichts im Wege, daß die Sicherheit verfällt, wenn der Beschuldigte die Ladung ignoriert. Der Grund, weshalb ich den Verfall bei Nichtbefolgung der Ladung leugne, ist ein anderer. Ich gebe den Abmachungen zwischen dem Staat und dem Beschuldigten einen anderen Inhalt. Nicht zur Sicherung des staatlichen Anspruchs auf Stellung und Befolgung der Ladung schlechthin soll die vereinbarte Vertragsstrafe haftbar sein, sondern unter einer besonderen Bedingung, an deren Eintritt ihre Fälligkeit geknüpft ist, nämlich, wie bereits betont wurde, unter der Bedingung, daß der Beschuldigte sich entzieht und durch die Entziehung den staatlichen Anspruch auf Stellung nicht erfüllt.

[5]) Ebenso Entsch. d. OLG. Hamburg v. 25. 6. 1896 in Goltdammers Arch. Bd. 44 S. 176; Stenglein, Komm. § 122 S. 256 N. 2; Löwe § 122 S. 402; N. 2; Retter in der DJZ. von 1902 S. 507; and. A. Binding § 72 S. 132 und Mittendorf an der in N. 3 zitierten Stelle.

zu lösen sein durch den Hinweis darauf, daß deshalb, weil nur die wegen Fluchtverdachts beschlossene Verhaftung durch Sicherheitsleistung abgewendet werden und folglich der Verdacht beabsichtigten Selbstmordes bei der Begründung eines Haftbefehls nicht in Betracht kommen könne, ein solches außerhalb des Verhaftungsgrundes liegendes Ereignis nicht geeignet sei, den Verfall einer Sicherheit herbeizuführen.[1]) Auch bloße Zweckmäßigkeitserwägungen, mögen sie an sich noch so berechtigt sein, wie sie Mittendorf[2]) anstellt, vermögen nicht eine befriedigende Lösung zu geben. Trotz der von ihm ins Feld geführten Zweckmäßigkeitsgründe ist die Beantwortung der Frage zu suchen in rechtsphilosophischen Gründen, wie Netter, freilich sehr wenig erschöpfend, bereits versucht hat. Da aber die Beantwortung der Frage, wie sich aus der kritischen Würdigung der Netterschen Ausführungen durch Mittendorf ergibt, eine Stellungnahme zu den letzten Problemen der Strafrechtsphilosophie und der Rechtsphilosophie überhaupt erfordert, ginge eine solche Behandlung der Materie über den Rahmen dieser Arbeit hinaus.

IV. Endlich kommen wir auch zu denjenigen Voraussetzungen des Verfalls, die ihren Grund haben in der Gültigkeit der bei Bestellung der Sicherheit abgeschlossenen Rechtsgeschäfte. Ist beispielsweise die Bestellung einer Hypothek als Sicherheit aus irgendwelchen Gründen ungültig, so ist zwischen Staat und Sicherheitsbesteller ein gültiger Vertrag nicht zustande gekommen und die Kaution kann deshalb auch nicht verfallen.

§ 8.

Der Verfall und seine Wirkungen.

1. Der Verfall der bestellten Sicherheit tritt ebenso wie deren Freiwerden ipso jure ein.[3]) Diejenigen Schriftsteller, welche leugnen, daß die Kaution ipso jure verfalle,[4]) verkennen wiederum die zivilrechtliche Seite derselben. Da die mit der Sicherheitsleistung entstehende Vertragsstrafe in dem Moment als verwirkt anzusehen ist, in welchem die den Verfall herbeiführende Bedingung,

---

[1]) Holtzendorff Bd. 1 § 23 S. 373 Abs. 1.
[2]) Gerichtssaal Bd. 52 S. 197 ff.
[3]) Entsch. d. OLG. Hamburg v. 28. 3. 1889 in Goltdammers Arch. Bd. 27 S. 224; Stenglein, Komm. § 121 S. 255 N. 1; Ullmann § 78 S. 310 Ziff. 2 Abs. 2.
[4]) v. Kries § 45 S. 325 Abs. 2; Bennecke-Beling § 58 S. 189 vor N. 17; John Bd. 1 S. 876 Ziff. 2.

das „Sichentziehen" eingetreten ist, ist es nicht angängig, daß der Verfall erst durch eine besondere Entscheidung „konstituiert" wird.[1])

Da es aber zweifelhaft sein kann, ob die den Verfall herbeiführenden Bedingungen wirklich eingetreten sind, bedarf es einer besonderen Entscheidung, welche die den Verfall bewirkenden Tatsachen ausdrücklich feststellt. Nach dem Gesagten hat diese Entscheidung aber lediglich deklaratorischen Charakter (vgl. hierüber den nächsten Paragraphen).

II. Die Sicherheit verfällt der Staatskasse bezw. der Reichskasse, und zwar zugunsten desjenigen Staates, dessen Gericht den Haftbefehl erlassen und die Entlassung gegen Sicherheitsleistung bewilligt hat, nicht zugunsten desjenigen Staates, dessen Staatsanwaltschaft die Strafverfolgung betrieben hat.[2])

III. Wie charakterisiert sich nun der Anspruch des Staates aus dem Verfalle der Sicherheit im einzelnen? Hiermit berühren wir diejenigen Wirkungen der Sicherheitsleistung, die zwar gleichfalls den Inhalt der mit der Sicherheitsbestellung entsprechenden Rechtsverhältnisse bestimmen und, streng systematisch genommen, dort zur Darstellung hätten kommen müssen, aber wegen ihres unmittelbaren Zusammenhanges mit dem Verfall an dieser Stelle behandelt werden sollen.

Mit der Sicherheitsleistung entsteht nicht schlechthin eine Verpflichtung, unter gewissen Voraussetzungen eine gewisse Geldsumme zu zahlen, sondern der Vertrag enthält eine ziemlich weitgehende Modifikation.

Einerseits soll nämlich der Staat die Erfüllung des obligatorischen Anspruchs aus der vereinbarten Vertragsstrafe nur insoweit verlangen können, als der Wert der bestellten Sicherheit, also die Summe des hinterlegten Geldes oder der Nominalwert (Barwert) der hinterlegten Wertpapiere, der Wert der verpfändeten Fahrnis oder der verhafteten Grundstücke oder die vom Bürgen durch den Bürgschaftsvertrag übernommene Bürgschaftssumme, zur Befriedigung jenes obligatorischen Anspruches ausreicht. Der Staat ist demnach nicht berechtigt, wenn die für die Sicherung seiner Ansprüche bestellten Wertobjekte zur Befriedigung der Ansprüche nicht ausreichen, nachträglich auf vollständige Erfüllung seiner Forderungen zu klagen. Er kann beispielsweise, wenn die

---

[1]) Die Frage ist keineswegs nur von theoretischer Bedeutung. Man denke nur an den Fall, daß der Beschuldigte sich zunächst durch die Flucht der Untersuchung entzieht, sich plötzlich aber bewogen fühlt, sich noch nachträglich zu stellen. Nach der hier vertretenen Ansicht ist und bleibt dann die infolge des Sichentziehens verfallene Sicherheit verfallen, während nach der anderen Meinung die Sicherheit als noch nicht verfallen anzusehen ist, wenn in dem Zeitpunkte, in dem sich der Beschuldigte stellt, die den Verfall aussprechende Entscheidung noch nicht erlassen ist.

[2]) v. Kries § 45 S. 327 Ziff. 2 Abs. 2; Löwe § 122 S. 402 N. 4.

hinterlegten Wertpapiere plötzlich im Kurse sinken und zur Zeit des Verfalls der Sicherheit einen niedrigeren Barwert haben als zur Zeit der Bestellung, nicht nach dem Verfalle die Differenz herausverlangen. Dasselbe gilt auch bei einer Verringerung des Wertes der übrigen Sicherungsgegenstände und für den Fall, daß beispielsweise an den Pfandgegenständen Rechte Dritter bestehen, die seinen Rechten vorgehen, und endlich auch dann, wenn der Bürge insolvent ist.

Aus diesem Grunde erklärt es sich auch, daß dem Bürgen, wie bereits erwähnt wurde, die Einrede der Vorausklage nicht zusteht.

Andererseits ist aber der Staat verpflichtet, wenn sich bei der Veräußerung der bestellten Sicherheitsobjekte ein Erlös ergibt, der höher ist als die ausbedungene Summe, den Mehrerlös herauszugeben.[1])

IV. Ist die Sicherheitsleistung eine cautio de judicio sisti oder eine cautio judicatum solvi?[2]) Richtiger Ansicht nach ist sie beides. Sie haftet sowohl dafür, daß der Beschuldigte sich vor Gericht stellt, als auch dafür, daß er die erkannte Freiheitsstrafe antritt. Sie haftet aber nicht für Geldstrafen und Kosten. Ebensowenig kann davon die Rede sein, daß die Kaution, die dem Staate verfällt, für eine dem Verletzten zuerkannte Buße verhaftet ist oder für irgendwelche andere Ansprüche desselben, Schadensersatzansprüche oder dgl. Insofern ist sie nach geltendem Recht neben der cautio de judicio sisti nur eine cautio judicatum solvi im engeren Sinne.[3])

Sehr zweifelhaft ist endlich die Frage, ob die Sicherheitsleistung auch für eine im Falle des Unvermögens an die Stelle einer Geldstrafe substituierten Freiheitsstrafe haftet. Sie ist mit der Begründung Holtzendorffs[4]) zu verneinen.[5])

V. Daß eine einmal verfallene Sicherheit unter keinen Umständen wieder frei werden kann, wurde bereits im anderen Zusammenhange erwähnt.[6])

---

[1]) Binding § 72 S. 131 Ziff. 6a.

[2]) Es ist nicht unsere Aufgabe, den Streit dieser Meinungen vorzuführen. Auch Sontag a. a. O. tut ihm (S. 139ff., 170, 171, 192) zu viel Ehre an, zumal diese Kontroverse, wie Mittermaier Bd. 1 § 76 S. 481 N. 38 sehr richtig bemerkt, viel Wortstreit ist. Für unsere Zwecke genügt es, lediglich vom Standpunkte des geltenden Rechtes aus Stellung zu nehmen.

[3]) Im Ergebnis ebenso Geyer § 161 S. 595 Abs. 3; Bennecke-Beling § 58 S. 187 Nr. 1; Ullmann § 77 S. 308 Abs. 2; Löwe § 117 S. 397 N. 6a; vgl. aber John Bd. 1 § 117 S. 860c und v. Kries S. 323 Abs. 2. De lege ferenda Binding § 72 S. 127 Ziff. 2.

[4]) Holtzendorff Bd. 1 § 21 S. 369 Abs. 3 u. N. 6; ebenso John Bd. 1 § 117 S. 859b; Keller § 122 N. 5 (S. 139).

[5]) Anb. M. Löwe § 117 S. 397 N. 6b; Stenglein § 117 S. 256 N. 6.

[6]) vgl. auch Löwe § 122 S. 402 N. 5.

B. Prozessualer Teil.

§ 9.

Das Verfahren im allgemeinen.

I. Die Vorschriften des geltenden Strafprozeßrechts über die Sicherheitsleistung begnügen sich keineswegs damit, lediglich die Bestellung und den Verfall der Sicherheit zu regeln. Sie bestimmen vielmehr weiter, daß über den Verfall bezw. Nichtverfall, das ist das Freiwerden der Sicherheit von dem zuständigen Strafrichter, eine besondere Entscheidung zu erlassen ist, und geben besondere Vorschriften über das dabei eintretende Verfahren.[1])

Dieses charakterisiert sich als ein Inzident-Feststellungsverfahren innerhalb des betreffenden Strafverfahrens.[2]) Der in der Justizkommission des Reichstags gestellte Antrag auf Zulassung des Zivilprozeßweges wurde abgelehnt.[3])

Damit ist für die Streitigkeiten aus der Sicherheitsleistung der Rechtsweg zwischen dem Staat und demjenigen, welcher die Sicherheit bestellt oder für sie durch Verpfändung der Bürgschaft gutgesagt hat, nicht nur nicht erforderlich, sondern ein für alle Male ausgeschlossen.[4])

Für Streitigkeiten zwischen dem Beschuldigten und demjenigen, welche für ihn Sicherheit geleistet haben, bleibt der ordentliche Rechtsweg offen.[5])

Die rechtskräftige Entscheidung des Inzident-Feststellungsverfahrens hat die Wirkungen eines rechtskräftigen Zivilendurteils, und zwar gegen alle diejenigen, welche in dem Hauptprozeß Sicherheit geleistet haben.

II. Nach dem bisher Gesagten kann es kaum zweifelhaft sein, worin der Gegenstand dieses Feststellungsverfahrens besteht. Er

---

[1]) § 122 Abs. 2 u. 3.
[2]) Binding § 71 S. 123.
[3]) Hahn Bd. 1 S. 1260—1262; vgl. auch unten unter II.
[4]) vgl. Löwe § 122 S. 403 N. 7a.
[5]) vgl. Löwe § 122 S. 403 N. 7b Satz 2.

betrifft alle Streitigkeiten, die sich zwischen dem Staat und den Sicherheitsleistern aus der Bestellung der Sicherheit und der daraus resultierenden Frage, ist sie verfallen oder ist sie nicht verfallen, ergeben. Der Strafrichter hat dabei nicht nur festzustellen, ob der Beschuldigte sich der Untersuchung usw. entzogen hat, sondern auch sämtliche übrigen Voraussetzungen des Verfalls, beispielsweise auch die Rechtsverbindlichkeit der Bürgschaft oder der Pfandbestellung, zu prüfen.[1])

Die entgegengesetzte, aber ganz allein dastehende Ansicht von Voitus,[2]) daß der Gegenstand des Verfahrens ausschließlich die Frage sei, ob eine Sicherheit aus dem Grunde verfallen ist, weil sich der Beschuldigte der Untersuchung oder dem Antritt der erkannten Freiheitsstrafe entzogen hat, betont viel zu stark die mangelhafte äußere Redaktion der §§ 121 u. 122. Diese Mangelhaftigkeit soll gewiß nicht bestritten werden, sie kann aber nimmermehr den Zweck der Bestimmungen und den sich daraus ergebenden Sinn ausschalten. Wenn das Gesetz der den Verfall aussprechenden Entscheidung die in § 122 Abs. 3 bestimmten Wirkungen beilegt, so kann es diese Wirkungen größter Tragweite nicht beschränken wollen auf die verhältnismäßig wenig umfangreiche Spezialfrage: Hat sich der Angeschuldigte der Untersuchung bezw. dem Antritt der erkannten Freiheitsstrafe entzogen? Das Gesetz spricht nicht von einer Entscheidung über diese Frage, sondern von einer Entscheidung über den Verfall. Der Inhalt dieser Entscheidung ist aber viel weiter. Es soll eine definitive Entscheidung gegeben werden über die Frage: Ist die Sicherheit verfallen oder nicht? Um dies aber feststellen zu können, müssen alle für die Beantwortung dieser Frage in Betracht kommenden Streitpunkte in einem einzigen, einheitlichen Verfahren untersucht und klargestellt werden. Um die Frage des Verfalls in ihrem gesamten Umfange durch ein beschleunigtes Verfahren rechtskräftig zur Entscheidung zu bringen und einen mitunter recht langwierigen Zivilprozeß zu vermeiden, ist in dem § 122 Abs. 3 ein besonderer Apparat konstruiert worden, aber nicht um lediglich jene Spezialfrage zu unterscheiden und im übrigen den Beteiligten den ordentlichen Rechtsweg offen zu lassen.

Auch der Hinweis von Voitus auf die Vorverhandlungen der Justizkommission des Reichstags spricht m. E. eher gegen ihn als für ihn. Wenn er S. 235 sagt, daß „von keinem der Ab-

---

[1]) Löwe § 122 N. 7 S. 403; Keller § 122 N. 6 S. 139; Stenglein, Komm. § 122 N. 5 S. 262.

[2]) Voitus, Komm. § 122 N. 3a Abs. 1 u. 2 S. 163/64 und § 121 N. 7 S. 161—163; Voitus, Verschonung III S. 232 ff.

geordneten die Ansicht bestimmt ausgesprochen worden ist, daß die Entscheidungen des § 122 Abs. 2 nicht bloß die in Abs. 1 bezeichneten Fälle, wenn der Angeschuldigte sich der Untersuchung bezw. dem Antritt der erkannten Freiheitsstrafe entzogen habe, sondern sämtliche mit der Bestellung einer Sicherheitsleistung in irgendwelchem Zusammenhange stehenden Fragen zum Gegenstand haben sollten, und noch weniger die erwähnten Abstimmungen einigen Anhalt dafür darbieten, daß die Majorität der Justizkommission von einer solchen Ansicht ausgegangen sei", so ist demgegenüber darauf hinzuweisen, daß auch umgekehrt kein Abgeordneter bestimmt ausgesprochen hat, daß die Entscheidungen des § 122 Abs. 2 lediglich die in Abs. 1 bezeichneten Fälle beträfen. Im Gegenteil, der von dem Abgeordneten Klotz und Gen. in der Sitzung v. 9. 6. 1876[1]) gestellte Antrag, den fraglichen Paragraphen u. a. zu fassen wie folgt: „Gegen die Entscheidung[2]) steht dem Angeschuldigten sowie den Pfandbestellern und Bürgen binnen einer Frist von vier Wochen der Rechtsweg offen" und die Begründung des Antragstellers Klotz: „daß die Frage über den Verfall der Kaution namentlich für Pfandbesteller und Bürgen wichtige vermögensrechtliche Fragen in sich schließe, sei von allen Seiten zugestanden, und daß über solche Fragen nicht im Wege der Dekretur, sondern im ordentlichen Rechtswege von dem ordentlichen Zivilrichter zu entscheiden sei, in der Natur jeder geordneten Prozeßgesetzgebung liege" können m. E. nur in dem Sinne verstanden werden, daß sich die Justizkommission darüber klar war, die den Verfall aussprechende Entscheidung solle nicht nur die spezielle Streitfrage entscheiden, ob die positiven Voraussetzungen des Verfalls (das Entziehen) vorlägen, sondern eben sämtliche für den Verfall in Betracht kommende Streitpunkte. Denn die Bemerkung, daß die Frage über den Verfall der Kaution namentlich für Pfandbesteller und Bürgen wichtige vermögensrechtliche Fragen in sich schließe, kann nur Streitpunkte im Auge haben, die außerhalb jener Spezialfrage (hat sich der Beschuldigte der Untersuchung entzogen oder nicht) liegen.

Demnach ist die bereits erwähnte Ablehnung des Zivilprozeßweges in der Kommission auf alle sich aus dem Verfall ergebenden Streitfragen zu erstrecken.

III. Wer in diesem Verfahren die Prozeßbeteiligten sind, bedarf kaum besonderer Hervorhebung. Es liegt in der Natur der Sache, daß der Richter, der zur Entscheidung der sich aus der Bestellung der Sicherheit ergebenden Streitfragen berufen ist, in dem Ver-

[1]) Hahn Bd. 1 S. 1260 f.
[2]) Das ist die den Verfall aussprechende Entscheidung.

fahren nicht der Vertreter des Staates sein kann, um dessen Rechte geltend zu machen. Diese Parteirolle hatte er lediglich bei der Bestellung der Sicherheit. Nunmehr, da er zur Entscheidung der sich aus der Bestellung ergebenden Streitigkeiten berufen ist, übernimmt die Staatsanwaltschaft die Wahrung der Rechte des Staates. Es könnte scheinen, als sei der Richter hier Richter in eigener Sache. Das ist nicht der Fall. Er ist in diesem Feststellungsverfahren nicht Vertreter, sondern gerichtsverfassungsmäßig [1]) berufenes Organ des Staates und wie in jedem anderen Rechtsstreite zwischen dem Staate und einer anderen Partei von dem Parteiwillen des Staates unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen.

Prozeßbeteiligte sind ferner auch der Beschuldigte, und wenn dritte Personen die Sicherheit geleistet haben, auch diese. In diesem Falle handelt es sich um ein ähnliches Rechtsverhältnis wie bei der Streitgenossenschaft des Zivilprozesses. Jedoch kann das Institut der Streitgenossenschaft in diesem Feststellungsverfahren innerhalb des Strafprozesses lediglich zum Vergleiche herangezogen werden, da die Maximen des Zivilprozesses der Natur der Sache nach angeschlossen sein müssen.[2])

IV. Die Zuständigkeit für das den Verfall der Sicherheit erörternde und entscheidende Verfahren ist nicht besonders geregelt. Vielmehr ist für alle die Sicherheitsleistung betreffenden Entscheidungen dasjenige Gericht zuständig, welches für die auf die Untersuchungshaft bezüglichen Entscheidungen zuständig ist.[3]) Die Zuständigkeit für die Entscheidung in dem hier interessierenden Inzident-Feststellungsverfahren richtet sich also nach den allgemeinen Regeln über die Zuständigkeit der die Untersuchung bezw. auch das Erörterungsverfahren betreffenden Maßnahmen.

Die Darstellung dieser Regeln innerhalb des hier behandelten Rechtsgebietes würde lediglich eine Wiederholung allgemeiner Lehren aus der Untersuchungshaft, der Voruntersuchung bezw. dem Erörterungsverfahren bedeuten und kann deshalb nicht Aufgabe dieser Arbeit sein.

§ 10.

Das Verfahren in erster Instanz.

I. Das Verfahren, welches der ersten Entscheidung über den Verfall der Sicherheit vorherzugehen hat, ist vom Gesetz nicht

[1]) § 1 GVG. im Zusammenhange mit § 124 Abs. 1 StPO.
[2]) vgl. hierzu den nächsten Paragraphen.
[3]) vgl. § 124.

näher geregelt. In § 122 Abs. 2 findet sich lediglich die Bestimmung, daß vor der Entscheidung der Angeschuldigte sowie diejenigen, welche für ihn Sicherheit geleistet haben, zu einer Erklärung aufzufordern sind.

Im übrigen ist die Gestaltung des Verfahrens im einzelnen dem richterlichen Ermessen überlassen, zwar nicht ausdrücklich, aber stillschweigend. Demnach hat der Richter bezw. das Gericht nach Lage des besonderen Falles unter besonderer Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse und des Inhalts der Akten die Bestimmungen über den Gang des Verfahrens selbst zu treffen. In diesem Sinne hat der zur Entscheidung über den Verfall einer Sicherheit berufene Richter die offenbaren Lücken im Gesetz auszufüllen. Insofern ist er in diesem Zusammenhange mehr als ein Interpret. Da er die Regeln des Verfahrens zu bestimmen hat, über die das Gesetz keine Bestimmungen trifft, hat er, aber auch nur in diesem engsten Sinne, gesetzgeberische Funktionen zu erfüllen. Dabei hat er natürlich die Art des von ihm einzuschlagenden Verfahrens möglichst dem Sinne und dem Zwecke des Gesetzes anzupassen. Er wird sich vor allem von dem Grundsatz leiten lassen müssen, daß das Verfahren ein Inzident-Feststellungsverfahren ist innerhalb des strafgerichtlichen Hauptverfahrens und deshalb den strafprozessualen Prinzipien des Hauptverfahrens unterzuordnen ist.

II. Die Einleitung des Verfahrens ist unabhängig von der Initiative der Staatsanwaltschaft. Es kann auch von Amts wegen stattfinden.[1]) Die Staatsanwaltschaft ist aber gemäß § 33 zu hören.

Die Aufforderung an die Beteiligten, sich zu erklären, hat in rechtsförmlicher Weise zu erfolgen, und zwar entweder mündlich (durch Verkündung) oder schriftlich (durch Zustellung) gemäß den Bestimmungen in § 35. Die Aufforderung durch das Mittel der Zustellung dürfte, weil am zweckmäßigsten, der Regelfall sein.

Mit der Aufforderung ist sowohl aus Zweckmäßigkeits- als auch aus Billigkeitsgründen eine Frist zu bestimmen, binnen welcher die Erklärung abzugeben ist.

III. Die Anberaumung eines besonderen Termins zur mündlichen Erklärung und einer besonderen Ladung sämtlicher Beteiligten, auch der Staatsanwaltschaft, zu diesem Termine, wie dies Stenglein zu fordern scheint,[2]) ist nicht nötig, aber nicht

---

[1]) Ebenso Voitus, Komm. § 122 N. 1 S. 163.

[2]) Stenglein (Lehrb. § 32 S. 159) scheint die mündliche Verhandlung sowohl für die erste als auch für die zweite Instanz (s. nächsten Paragraphen) als obligatorisch anzusehen.

ausgeschlossen. Es genügt vielmehr, wenn die Staatsanwaltschaft ihre Anträge bezw. Erklärungen aktenkundig macht und die anderen Beteiligten ihre Erklärungen entweder in einer schriftlichen Eingabe niederlegen oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers geben. Auch der Entgegennahme persönlicher Erklärungen der Beteiligten durch den Untersuchungsrichter bezw. Amtsrichter oder durch ein „beauftragtes" Mitglied des Gerichtshofes und der Aufnahme dieser Erklärungen in ein richterliches Protokoll steht nichts entgegen.

Erfolgt eine Erklärung nach Ablauf der gestellten Frist nicht, so ist die Entscheidung nach dem Stande der Akten zu geben. Sie erfolgt in beratender Sitzung und ist mit Gründen zu versehen.

IV. Die ergehende Entscheidung ist mit Rücksicht auf ihre Anfechtbarkeit durch sofortige Beschwerde (§ 122 Abs. 1) und den dadurch bedingten Fristenlauf unter Beachtung der in den §§ 353, 35 gegebenen Bestimmungen entweder zu verkünden oder zuzustellen (§§ 353, 35).[1])

V. Hat auch die Staatsanwaltschaft im vorliegenden Falle das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde? Das Gesetz schweigt. Es spricht lediglich davon, daß „ihnen" die sofortige Beschwerde zustehe und bezeichnet damit dem Zusammenhange nach nur den Angeschuldigten und diejenigen, welche für ihn Sicherheit geleistet haben.

Der Staatsanwaltschaft ist das Rechtsmittel demnach nicht zuzubilligen. Denn das Gesetz hat, da es die Staatsanwaltschaft nicht erwähnt, sondern nur von den anderen Beteiligten spricht, das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft entziehen wollen. Sollte der Staatsanwaltschaft überhaupt ein Rechtsmittel zustehen, so könnte es aber, wie Thilo will,[2]) nur die einfache Beschwerde sein. Das würde aber zu Ungelegenheiten führen, zumal das Rechtsmittel in anderen Fällen gleichartig geregelt ist.[3]) Aus diesem Grunde ist die Ansicht Thilos abzulehnen (vgl. § 181, insbesondere aber § 494 Abs. 4).

Die Ansicht Löwes,[4]) daß nicht ersichtlich sei, aus welchem Grunde das Gesetz die Anfechtung der Entscheidung über den Verfall der Staatsanwaltschaft entzogen habe, obwohl die Entscheidung unter Umständen von einem Einzelrichter erlassen werden

[1]) vgl. zu obiger Darstellung auch Löwe § 122 N. 10 S. 403; Keller § 122 N. 6 S. 139/40; Puchelt § 122 N. 9 S. 255; Stenglein, Komm. § 122 N. 7 S. 256.

[2]) Thilo § 122 S. 124 N. 6

[3]) In diesem einen Punkt ebenso Stenglein § 122 S. 256 N. 7.

[4]) Löwe § 122 S. 404 N. 11.

könne und deshalb der Staatsanwaltschaft die sofortige Beschwerde gegeben worden ist, ist mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht zu vereinbaren, zumal die Staatsanwaltschaft, wenn die Sicherheit nicht trotz des entgegengesetzten Antrags der Staatsanwaltschaft für verfallen erklärt würde, jederzeit einen neuen Antrag stellen könnte, wenn es neue Umstände erfordern.[1])

§ 11.

Das Verfahren in den Rechtsmittelinstanzen.

I. Die Strafprozeßordnung bestimmt in § 122 Abs. 2, daß vor der Entscheidung über die Beschwerde den Beteiligten und der Staatsanwaltschaft Gelegenheit zur mündlichen Begründung ihrer Anträge sowie zur Erörterung über stattgehabte Ermittlungen zu geben ist. Durch diese Vorschrift wird das Verfahren zweiter Instanz in großen Umrissen skizziert. Im allgemeinen haben auch für diese Instanz die Grundsätze zu gelten, die wir bereits bei dem Verfahren in erster Instanz festgelegt haben, insbesondere auch die Regel, daß die nähere Ausgestaltung des Verfahrens dem richterlichen Ermessen vorbehalten ist. Auch für das Verfahren in der zweiten Instanz sollen einige Richtlinien angegeben werden, innerhalb deren sich das richterliche Ermessen zu bewegen hat.

II. Während für das erstinstanzliche Verfahren mündliche Verhandlung anberaumt werden kann, aber nicht anberaumt zu werden braucht, ist die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung für die zweite Instanz obligatorisch. Das ist wohl der Sinn des Gesetzes, wenn es vorschreibt, daß den Beteiligten „Gelegenheit zur mündlichen Begründung ihrer Anträge" usw. gegeben werden soll. Daß das Gesetz den Ausdruck „mündliche Verhandlung" selbst nicht gebraucht, erklärt sich nach den Motiven[2]) daraus, daß man die Erwartung der Vorstellung vermeiden wollte, es handle sich um die Anberaumung einer Hauptverhandlung (im Sinne der Strafprozeßordnung) schlechthin und Einhaltung der für eine solche Verhandlung vorgeschriebenen Regeln.[3])

III. Der Termin zur mündlichen Verhandlung ist der Staatsanwaltschaft bekanntzugeben. Die übrigen Beteiligten sind nach den allgemeinen Bestimmungen wie zur Hauptverhandlung zu laden, und zwar nicht nur die am Rechtsmittel Beteiligten,

[1]) Keller § 122 S. 140 N. 8; Voitus, Verschonung S. 241 ff.
[2]) Hahn Bd. 1 S. 1261.
[3]) Löwe § 122 S. 404 N. 12.

wie Keller[1]) sehr richtig hervorhebt, sondern sämtliche bei der Bestellung der Sicherheit Beteiligten. Daher ist auch der Beschuldigte zu laden, wenn beispielsweise nur der Bürge Beschwerde eingelegt hat. Die entgegengesetzte Ansicht von John,[2]) daß nur diejenigen als „beteiligt" angesehen werden könnten, die in dem Verfahren bereits einen Antrag gestellt hätten, weil die Vorschrift des § 122 Abs. 2 nicht bezwecke, daß Anträge gestellt, sondern daß die bereits gestellten Anträge mündlich begründet würden, und weil es ein Widerspruch in sich selbst sei, jemanden zur mündlichen Begründung eines nicht von ihm gestellten Antrags aufzufordern, übersieht, daß die betreffende Vorschrift nicht nur Gelegenheit geben will zur mündlichen Begründung von Anträgen, sondern auch zu Erörterungen über stattgehabte Ermittlungen.

Diese können aber auch für einen, der nicht am Rechtsmittel beteiligt ist, dringende Veranlassung bieten, sich bei Gericht Gehör zu verschaffen, um die Entscheidung in seinem Sinne zu beeinflussen, wenn beispielsweise aus der Entscheidung Regreßansprüche gegen ihn erwachsen könnten.

Auch der abwesende Beschuldigte hat einen Anspruch darauf, geladen zu werden, selbst dann, wenn er der in der ersten Instanz an ihn ergangenen Aufforderung zur Erklärung nicht nachgekommen ist. Denn durch die Vorschrift des § 122 Abs. 2 soll ihm nochmals Gelegenheit gegeben werden, sich zu äußern. Da diese Bestimmung eine Spezialvorschrift ist, gegeben im besonderen Interesse der an dem Streit über den Verfall beteiligten Personen, kann § 329 keine Anwendung finden.[3]) Die auch in diesem Punkte entgegengesetzte Ansicht von John,[4]) daß es für die Frage der Ladung des Beschuldigten nicht darauf ankomme, ob dieser anwesend oder abwesend ist, sondern allein darauf, ob er Beschwerde erhoben — also Anträge gestellt — hat, ist mit denselben Gründen zu widerlegen wie vorher.

Was John im übrigen aus der Heranziehung des § 320 gegen die mit Löwe eingenommene Stellung zu § 329 herleiten will, ist schwer ersichtlich. In § 320 handelt es sich um die Ladung des Abwesenden zur „Hauptverhandlung" im technischen Sinne, während für den Weitergang des Verfahrens überhaupt — und dazu gehört das hier in Betracht kommende Inzident-Feststellungsverfahren — nur eine Würdigung des § 329 in Frage

[1]) Keller § 122 S. 140 N. 6.
[2]) John Bd. 1 S. 887 b.
[3]) Löwe § 122 S. 404 N. 12; Stenglein § 122 S. 257 N. 8 Abs. 1 u. 3.
[4]) John S. 888 Abs. 2.

kommen kann. Daß endlich ein Angeschuldigter, der in der ersten Instanz keine Erklärung abgegeben hat, durchaus nicht abwesend zu sein brauche, sondern „so anwesend wie nur irgend möglich, nämlich verhaftet" sein könne, soll durchaus nicht bestritten werden. Dann ist er aber eben anwesend und nicht abwesend, wovon doch ausgegangen war. Daß auch der verhaftete Beschuldigte zu laden ist, ist nach dem oben Gesagten selbstverständlich. Sehr zweifelhaft erscheint aber die Frage, ob er dann auch verlangen kann, zu der mündlichen Verhandlung vorgeführt zu werden, oder ob er sich damit begnügen muß, seine Rechte durch einen bevollmächtigten Vertreter wahrnehmen zu lassen.

Die erste Frage ist zu bejahen.[1])

Wenn der entgegengesetzten Ansicht Löwes[2]) auch zugegeben werden muß, daß dies unter Umständen, besonders bei weiter Entfernung des Haftortes von dem Sitze des mit der Entscheidung über den Verfall befaßten Gerichts, zu erheblichen und oft nutzlosen Weiterungen führen kann, so wird dieses Recht dem Beschuldigten kaum vorenthalten werden können mit Rücksicht auf das vom Gesetz gewollte Prinzip, den Beteiligten Gelegenheit zur mündlichen Begründung ihrer Anträge sowie zur Erörterung über stattgehabte Ermittlungen zu geben. Denn dieses Prinzip hat wohl darin seinen Grund, daß der Richter nicht nur nach dem bloßen Akteninhalte sich ein Bild der Sachlage mache, sondern vor allem nach dem persönlichen Eindruck und der lebendigen Anschauung der von den Beteiligten selbst gegebenen Darstellung des Sachverhalts.

Die Begründung von John,[3]) der übrigens derselben Ansicht ist, kann m. E. nicht durchschlagen. Da er selbst die analoge Anwendung des § 191 Abs. 4 auf das hier in Betracht kommende Verfahren mit richtiger Begründung ablehnt, bleibt nur der andere Grund übrig, daß eine Vertretung des Beschuldigten — eine Verteidigung, wie Löwe will, kann der Natur der Sache nach nicht in Betracht kommen — unzulässig sei, was aber, wie wir sogleich bei der Darstellung der zweitinstanzlichen, mündlichen Verhandlung sehen werden, unrichtig ist.

IV. Welches ist nun der Gang des mündlichen Verfahrens in der Beschwerdeinstanz?

Nach dem unter II. Gesagten kann es sich nicht um eine „Hauptverhandlung" im technischen Sinne handeln. Zwar wird das Prinzip der Mündlichkeit zu gelten haben, jedoch brauchen

---

[1]) Stenglein § 122 S. 257 N. 8 Abs. 2.
[2]) Löwe § 122 S. 404 N. 12.
[3]) John S. 888/89.

die Grundsätze der Unmittelbarkeit nicht beobachtet zu werden. Daher können Zeugenaussagen verlesen werden,[1]) auch darf die Verhandlung nicht mit den einzelnen Beteiligten gesondert vorgenommen werden, sondern sie hat für alle Beteiligten gemeinschaftlich stattzufinden,[2]) und zwar in Gegenwart des Staatsanwaltes, der zu erscheinen verpflichtet ist.[3])

Die übrigen Beteiligten brauchen nicht persönlich zu erscheinen. Sie können sich auch durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen oder mit einem Rechtsbeistande erscheinen. Die entgegengesetzte Ansicht Johns,[4]) die übrigens ohne Begründung ist, verkennt den Geist der Vorschrift des § 122. Wenn dem Beteiligten Gelegenheit zur mündlichen Begründung ihrer Anträge usw. gegeben wird, so muß es ihnen freistehen, die mündliche Begründung aus irgendwelchen Gründen, weil sie vielleicht selbst nicht redegewandt sind oder vielleicht die Ausführungen eines Rechtskundigen in der Sache für nötig erachten, einem anderen zu überlassen.[5])

Um das Verfahren in geordneter Weise vor sich gehen zu lassen und sämtlichen Beteiligten einen Überblick des Sachstandes zu verschaffen, wird es sich empfehlen, daß ein Mitglied des Gerichts die Ermittlungen der ersten Instanz und die Ergebnisse der inzwischen von der Beschwerdeinstanz oder auf Anordnung des Vorsitzenden angestellten Erörterungen vorträgt.[6])

Ist einer der Beteiligten nicht erschienen, so sind seine Anträge und deren Begründung, wenn er sie zu den Akten gegeben hat, zu verlesen. Hierauf sind die Beweise in zweckdienlicher Weise zu erheben. Die Verhandlung kann unter Umständen nach freiem Ermessen vertagt werden.[7])

Die Entscheinung erfolgt nicht nur auf Grund der mündlichen Vorträge, sondern wie auch in erster Instanz auf Grund des Sachstandes unter Berücksichtigung aller, auch der sich aus den Akten ergebenden Verhältnisse.

Für die Verkündung der Entscheidung hat ebenfalls das über das erstinstanzliche Verfahren Gesagte zu gelten.[8])

V. Gibt es gegen die Entscheidung der zweiten Instanz eine weitere Beschwerde?

---

[1]) Stenglein § 122 S. 257 N. 9 Abs. 1.
[2]) Keller § 122 S. 140 N. 6.
[3]) Stenglein § 122 S. 257 N. 9 Abs. 2.
[4]) John S. 887 oben.
[5]) vgl. auch Keller § 122 S. 140 N. 6 u. § 137 S. 159 N. 7.
[6]) Stenglein § 122 S. 257 N. 9 Abs. 1.
[7]) Keller § 122 S. 140 N. 6.
[8]) Stenglein § 122 S. 256 N. 7.

Die Frage ist mit Rücksicht auf § 346 Abs. 3 nur dann von praktischer Bedeutung, wenn die den Verfall der Sicherheit betreffende Entscheidung von einem Amtsrichter erlassen ist (vgl. §§ 124, 125).[1])

Ist nun in diesem Falle die weitere Beschwerde, deren Zulässigkeit nach § 352 kaum bestritten werden kann, die einfache oder die sofortige Beschwerde? Die herrschende Meinung ist die, daß es sich um eine weitere sofortige Beschwerde handelt.[2]) Das ergibt sich schon daraus, daß hier nur die erneuerte Einlegung desselben Rechtsmittels in Frage stehen kann.[3])

Anderer Ansicht ist Keller.[4]) Sein Hinweis auf § 122 Abs. 3 spricht aber eher gegen ihn als für ihn, da diese Bestimmung ausdrücklich den „Ablauf der Beschwerdefrist" hervorhebt, was bei der einfachen Beschwerde keinen Sinn hätte.

Das Verfahren in der weiteren Beschwerdeinstanz, das sich vor dem Oberlandesgericht abspielt, richtet sich nach den Grundsätzen der zweiten Instanz.

§ 12.

Der Inhalt der Entscheidung und ihre Wirkungen.

I. Der Inhalt der über den Verfall einer Sicherheit ergehenden Entscheidung ergibt sich aus dem, was über den Gegenstand des Verfahrens gesagt worden ist, braucht deshalb hier nicht wiederholt zu werden.

II. Die Wirkungen der Entscheidung bestimmt § 122 Abs. 3 dahin, daß die den Verfall aussprechende Entscheidung gegen diejenigen, welche für den Angeschuldigten Sicherheit geleistet haben, die Wirkungen eines von dem Zivilrichter erlassenen, für vorläufig vollstreckbar erklärten Endurteils und nach Ablauf der Beschwerdefrist die Wirkungen eines rechtskräftigen Zivilendurteils hat.

Der in dem Gesetz enthaltene Gedanke kommt dabei nicht ganz genau zum Ausdruck. Denn die strafrichterliche Entscheidung kann die Wirkungen eines rechtskräftigen Zivilendurteils haben nicht allein mit dem Ablauf der Beschwerdefrist, sondern wenn Beschwerde eingelegt wird, erst mit der Verwerfung des Rechtsmittels. Erst wenn die Entscheidung nicht oder nicht mehr anfechtbar ist, steht sie dem rechtskräftigen Zivilendurteil gleich.[5])

---

[1]) Löwe § 353 S. 762 N. 3; Keller § 353 S. 457 N. 3.
[2]) Löwe § 353 S. 762 N. 3 und die dort zitierte Literatur.
[3]) v. Kries § 77 S. 701 Abs. 2.
[4]) Keller § 353 S. 457 N. 4.
[5]) Löwe § 122 S. 404 N. 13.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.